# LIVRARIA DE B. L. GARNIER

## AUTORES DIVERSOS

Candido Mendes de Almeida — Direito civil ecclesiastico brazileiro, antigo e moderno, 4 vols. in-4.º enc. 30$000.

Candido Mendes de Almeida — Codigo Philippino e auxiliar juridico, 2 vols. in-f. enc. 47$000.

Constituições do Arcebispado da Bahia — 1 vol. in-f. enc. 16$000.

Dias de Toledo (conselheiro Dr. Manuel) — Lições academicas sobre artigos do codigo criminal conforme foram explicadas na faculdade de Direito de S. Paulo, 2.ª edição mais correcta, com alterações e modificações, pelo bacharel Manuel Januario Bezerra Montenegro, 1 grosso vol. in-4.º enc. 10$000.

Lafayette Rodrigues Pereira (conselheiro) — Direito das cousas, 2 vols. in-4.º enc. 16$000.

Perdigão Malheiro (Dr. Agostinho Marques) — A escravidão no Brazil. — Ensaio historico-juridico-social, 3 vols. in-4.º enc. 18$000.

Consultas, sobre varias questões de direito civil, commercial e crime, colligidas e publicadas pelo Dr. José Antonio de Azevedo Castro, 1 vol. in-4.º

Pereira de Carvalho (José), — Primeiras linhas sobre o processo orphanologico. Nova edição, extensa e cuidadosamente annotada com toda a legislação, jurisprudencia dos tribunaes superiores, e discussão doutrinal das questões mais controvertidas do direito civil patrio com applicação ao juizo orphanologico, pelo juiz de direito Didimo Agapito da Veiga Junior, 2 vol. in-4.º 12$000.

Pimenta Bueno (Cons. José Antonio) — Direito Internacional, 1 vol. in-4.º enc. 8$000.

Pimenta Bueno (Cons. José Antonio) — Considerações relativas ao beneplacito e recurso á corôa em materia de culto, 1 vol. in-4.º broch. 1$000.

Ramalho (Cons. J. L.) — Instituições orphanologicas, 1 vol. in-4.º enc. 12$000.

Ramalho (Conselheiro J. L.) — Praxe brazileira, 1 vol. gr. in-4.º 14$000.

Ribas (Cons. A. J. Consolidação das leis do processo civil, commentada com a collaboração de seu filho Dr. Julio Ribas, 2 fortes vols. in-4.º enc. 26$000.

Ribas (Cons. A. J.) — Curso de direito civil brazileiro, 2.ª edição correcta e muito augmentada, 2 vols. in-4.º enc. 16$000.

Silveira da Motta (J. F.) — Apontamentos juridicos, 1 vol. in-4.º enc. 8$000.

Trigo de Loureiro (Dr. Lourenço) — Instituições do direito civil brazileiro, 4.ª edição correcta e augmentada, 3 vols. in-4.º enc. 16$000.

Uflacker (Augusto) — Livro do promotor publico, 1 grosso vol. in-4.º enc. 10$000.

# ESBOÇOS JURIDICOS

PELO CONSELHEIRO

JOSE DE ALENCAR

RIO DE JANEIRO
B. L. GARNIER — LIVREIRO-EDITOR
71 — RUA DO OUVIDOR — 71

1883

R = 8 x

IMPRENSA INDUSTRIAL

CASA FUNDADA EM 1865

75 RUA DA AJUDA 75

BIBLIOTECA NACIONAL Rio de Janeiro

15602 D
1946

BIBLIOTECA NACIONAL S.L.R.

51 - 5:350

# PREFAÇÃO

As monographias juridicas contidas no presente volume, são trabalhos a que o autor não deu o ultimo polimento.

Entretanto, tão poderoso era o pensamento de José de Alencar que, por onde quer que passasse, litteratura ou sciencia, devia necessariamente deixar traços luminosos.

Ainda os assumptos mais communs, tratados pela sua magica penna, revestem-se de fórma original, e de colorido especial e scintillante.

Mas, é a circumstancia de carecer do ultimo retoque do seu autor que dá a esta publicação o valor especial de documento historico-litterario.

Porquanto, pela sua leitura fica-se conhecendo a pujança de seu pensamento em sua primeira e espontanea manifestação, bem como

os congenitos attributos do seu estylo, antes de aprimorado pela revisão.

Accresce, porém, para elevar o valor desta obra, a importancia dos assumptos de que trata.

Esperamos pois, do publico, para estes trabalhos de José de Alencar, o benevolo e fervoroso acolhimento com que recebeu o que acabámos de editar sob o titulo — A Propriedade.

O Editor

# O JURY

## INTRODUCÇÃO

Ha duas maneiras de violar a lei, a acção contraria ao preceito e a omissão do seu cumprimento.

A Constituição brazileira é constantemente offendida por um e outro modo. Disposições fundamentaes, muito importantes, andam pervertidas nas leis regulamentares, votadas pela representação nacional e executadas pelos tribunaes. Principios do maior alcance jazem ainda esquecidos ou desprezados na letra morta da carta de 25 de Março, sem que as legislaturas ordinarias curassem de os desenvolver e applicar.

Destes principios constitucionaes, tolhidos pela nossa indifferença, ha um que entende muito directamente com as garantias do cidadão, pois entra na organisação do poder judicial: é a instituição do jury.

A lei fundamental creou o poder judiciario de dous elementos, um permanente, formado de juizes, e outro mutavel composto de jurados. Ao primeiro deu a attribuição de applicar a lei; ao segundo de pronunciar sobre o facto.

Nesse poder, assim organisado, reconheceu a competencia geral para o julgamento tanto no crime, como civel, nos casos e pelo modo que determinassem os codigos. Const. arts. 151 e 152.

São decorridos quarenta e tres annos depois da promulgação da Carta de 25 de Março; e estamos ainda muito longe da realidade dessa doutrina constitucional, que encerra em materias judiciarias a mais bella expressão das democracias. A geração da independencia teve uma tão pura intuição da liberdade, que a actual, não obstante a superioridade de sua illustração, ainda não póde attingir a altura da Constituição brazileira.

No meio seculo, já quasi percorrido, que fizemos para desenvolver a bella premissa do art. 151?

Organisamos em 1832 um codigo de processo criminal, excellente á muitos respeitos, porém defectivo em grande parte. Desta lei recebeu a Constituição um golpe bem profundo com a introducção de um elemento heterogeneo na composição do poder judicial. A creação de juizes municipaes, e as

attribuições contenciosas dadas aos juizes de paz, meros conciliadores das partes, produziram um novo ramo ambiguo da judicatura, que não era, nem o vitalicio, nem o mobil, nem o juiz perpetuo, nem o cidadão jurado.

Sabem todos as reformas e alterações que soffreu aquelle codigo. Todavia ainda conserva elle o elemento anomalo, que infelizmente se introduziu na organisação do poder judicial. Abstrahindo, porém, de outros pontos quanto á instituição do jury, da qual me occupo, está na consciencia publica não sómente seu defeito e atrazo, mas o descredito em que tem cahido e a repugnancia da população para o exercicio de tão nobre direito.

Quaes as causas que hão concorrido para resultados tão desanimadores? São ellas inherentes á instituição do jury, ou ligadas unicamente ás fórmas actualmente admittidas? Devemos renunciar á esperança de ver um dia realisado o grande pensamento constitucional do julgamento democratico?

Questões são estas de muito peso, que devemos estudar e resolver para bem comprehender a these constitucional relativa ao jury. Outras questões porém de igual monta, suscita o estado actual da constituição confrontado com a disposição fundamental da Carta de 25 de Março.

Si a legislatura ordinaria dotou-nos com um codigo do processo criminal, dez annos depois da Constituição, outro tanto não aconteceu á respeito do processo civil. Ao passo que os melhores talentos se consumiam em uma lucta ingloria quanto esteril; ao tempo que o melhor de nossa renda era esbanjado em alimentar cobiças menos nobres, deixaram-nos enleiados no labyrintho inextricavel da antiga praxe portugueza, mais baralhada, do que realmente compilada nos velhos formularios.

Sobre organisação judiciaria, na occasião de promulgar-se o codigo do processo criminal, houve algumas alterações com a Disposição Provisoria, a elle annexa.

Ficaram os juizes de direito com a attribuição de julgar; e os juizes municipaes como preparadores do feito e executores da sentença.

Nas grandes cidades crearam-se juizes de direito especiaes para o civel, com jurisdicção plena. Os juizes de orphãos eram os mesmos juizes municipaes, com differença unicamente da attribuição.

Esta organisação, posteriormente modificada pela Lei de 3 de Dezembro de 1841 que extinguiu os juizes do civel, confiou aos juizes municipaes jurisdicção plena para o processo, julgamento e execução nos feitos

civis; deixando apenas aos juizes de direito em 1.ª instancia as attribuições dos antigos provedores: e na segunda instancia, a decisão dos aggravos.

Recebeu, portanto, o poder judicial no civil a mesma enxertia, que no crime — a instituição anomola, bastarda e manifestamente inconstitucional dos juizes temporarios, escolhidos pelo governo. Menos favorecida, porém, do que a outra, não obteve a judicatura civil do legislador a execução do principio exarado no art. 151 da Constituição, á respeito do julgamento pelo jury.

Lacuna tão grave não suscitou reclamações. Durante os quarenta e quatro annos de nossa existencia politica póde-se affirmar que não houve ainda uma tentativa séria de realisar o pensamento constitucional. Alguns espiritos com a mira na popularidade, outros levados por um sentimento de lealdade á lei fundamental, se manifestaram em favor da instituição applicada ao civil; mas não passou de aspirações ephemeras. Havia no paiz uma convicção profunda sobre a inexequibilidade da idéa.

Mais tarde, quando o jury, acolhido com tão grande enthusiasmo no crime, frustrou as esperanças nelle postas e começou a decahir, aquella convicção ainda mais se entranhou pelo paiz. Dos poucos cidadãos, que desejavam a applicação do jury ao civil, e

esperavam beneficios dessas medidas, sem duvida a maioria, se não a totalidade, descreu absolutamente do futuro de uma instituição, cujo presente se mostrava tão esteril.

O jury no civil era a importação de uma idéa ingleza, nascida e educada naquelle povo excepcional, porém ainda não transplantada á qualquer outro paiz. Nada mais natural, pois, do que a difficuldade de sua aclimação no Brazil, onde além da indole diversa e da pouca instrucção das classes medias, subsistem as tradições inveteradas do monstruoso processo civil, invento dos jurisconsultos romanos, aperfeiçoado pelos doutores de Bolonha e Pisa, do seculo XV e XVI.

Todavia não deve permanecer o estado actual.

A Constituição no art. 151 muito positivamente determinou que os jurados conhecessem do facto crime ou civil, senão exclusivamente, ao menos nos *casos que os codigos determinarem*. E estes casos não constituem uma excepção, mas ao contrario a regra geral; pois tal é o espirito bem patente da lei fundamental, quando começou compondo o poder judicial dos dous elementos, o permanente e o mutavel.

Si o preceito constitucional estivesse reconhecido inexequivel e nocivo, cumpria derogal-o pelos meios competentes, para que não persista este escandalo em

nossa legislação. Não dá boa idéa do seu criterio e da sizudez de seu proceder, o povo que deixa a lei fundamental de suas liberdades tornar-se letra morta. Essa Constituição, rica de principios elevados, não passa de uma indecorosa ostentação, de uma fatuidade impropria das nações que se estimam e respeitam.

A Constituição brazileira está violada, e assim continuará até que pelos tramites legaes seja supprimida a idéa da applicação do jury ao processo civil; ou que a legislatura ordinaria, obedecendo ao preceito do art. 151, desenvolva essa idéa fundamental de nossa organisação judiciaria.

Novas questões, portanto, se apresentam, que exigem uma solução.

O jury é no civil realmente prejudicial, e portanto inexequivel o preceito da Constituição? Os males que de sua realisação provenham, são maiores que o de uma reforma constitucional, ou o da desmoralisação da lei organica do paiz, violada com escandalo? Não ha meios de corrigir os defeitos do jury, como actualmente existe, e aproveitando sua idéa substancial, adaptal-o melhor ao julgamento do facto?

Todas estas considerações, que ahi estão esboçadas, me induziram ao estudo desta these constitucional do jury, como elemento integrante do poder judicial.

Realmente contrista ver a decadencia de uma instituição, que foi a primeira conquista da democracia representativa, e devia ser a ultima á abandonar em um paiz tão precoce na liberdade como o Brazil. O mal eivou não só as classes médias que menosprezam uma das attribuições mais nobres do homem ; como o espirito dos estadistas, que desanimados do futuro da instituição ou duvidando de seus beneficios, a retrahiram.

Depois da Lei de 3 de Dezembro, o maior golpe que soffreu a instituição do jury foi o Decreto n. 562 de 2 de Julho de 1850. Já o codigo do processo não tinha dado á instituição o desenvolvimento que se devêra esperar de uma lei tão liberal : elle tirou ao jury duas classes de crimes, que não devem ter outra alçada ; a responsabilidade dos empregados não privilegiados e o abuso da imprensa.

O descredito do jury no Brazil chegou á tal ponto, que os amigos sinceros da instituição já não se animam a resistir com energia, quando apparece no parlamento a idéa de restringir a jurisdicção do tribunal democratico. Si ainda subsiste esse systema de julgamento é por uma especie de pudor publico : ha certo vexame em trahir tão abertamente a Constituição.

Mas póde-se affirmar que o jury no Brazil é apenas tolerado, quér pelo governo, quér pela população, todos

o aceitam como um sacrificio pesado feito á lei fundamental. Não admira pois que o poder hoje procure annullar o jury : e o cidadão esquivar-se a elle.

# I

## NATUREZA DO JURY

A constituição do poder politico e sua divisão é, depois da representação nacional, a questão mais culminante do governo livre.

A representação nacional transmitte a porção de soberania necessaria para a direcção do Estado; a constituição do poder limita e define a delegação, discrimina suas attribuições, e as reveste das garantias indispensaveis á independencia e equilibrio dos diversos ramos da autoridade.

A fonte primeira e unica de todo o poder como principio é a democracia, a vontade da nação; mas para sua realisação carece o poder de agentes que o exerçam. A designação destes depositarios da autoridade, funcção de grande alcance, não é privativa do voto popular em geral. Só a legislatura e a municipalidade emanam directamente das urnas; em nosso paiz, além dellas o regente e juizes de paz.

Não cabe examinar aqui si essa constituição dos varios ramos do poder publico exprime a verdade em

materia de governo ; si ella falseia o principio da democracia representativa, afastando os agentes da fonte legitima de toda autoridade ; ou si ao contrario melhor realisa a verdadeira doutrina da democracia representativa, garantindo a minoria contra a vontade omnipotente da maioria.

Em todo o caso, quem observa o organismo do poder nas monarchias representativas, reconhecerá que elle se basêa em dous principios cardiaes. Primeiro :— O contraste dos dous principios contrarios, da iniciativa, e de conservação, aquelle residindo no povo, este na corôa, aquelle representando a maioria, este a minoria. Segundo :—A combinação destes dous elementos divergentes para a composição de cada um dos tres ramos do poder, o legislativo, executivo e judicial.

Tomarei por modelo nossa propria Constituição.

No poder legislativo, o elemento da iniciativa, o elemento popular entra na maxima parte com a escolha dos deputados, e formação da lista senatorial pela massa dos cidadãos activos. Mas o elemento conservador intervem na escolha do senador, e na dissolução e adiamento da camara temporaria.

No poder executivo, a nomeação e destituição dos agentes compete ao principio conservador ; mas o principio electivo, senão immediatamente, porém de uma

maneira muito efficaz, influe na permanencia, ou mesmo na escolha do gabinete, pela iniciativa das leis annuas.

O poder judiciario, durante algum tempo exclusivamente confiado á magistratura nomeada pelo governo, não póde prescindir, desde que vigora o systema representativo, da intervenção do elemento popular.

O jury exprime, portanto, em relação ao poder judicial, o mesmo principio da eleição para a nomeação dos legisladores, o mesmo principio do voto da assembléa geral para a concessão ou recusa dos meios de governar. E' a influencia directa da soberania nacional sobre o exercicio de cada uma das attribuições por ella transmittida aos agentes ou representantes.

Sem o jury o judicial não seria um ramo independente do poder publico; mas uma simples repartição do executivo, de quem recebem os magistrados a nomeação, o accesso, a aposentadoria e a remoção. Faltára o sello da opinião popular, que deve marcar toda a autoridade no systema representativo.

Quando essa grande instituição não grangeára o favor dos povos livres pelos beneficios que lhes promette, ella seria ao menos respeitavel por suas gloriosas tradições. O jury foi a primeira intuição que teve a humanidade da verdadeira democracia repre-

sentativa. Ainda a Inglaterra estava sob o jugo do governo feudal, e a magna carta do systema representativo não tinha sido promulgada, que o julgamento dos jurados era uma garantia do cidadão inglez.

« Ser julgado por seus pares, ou ser julgado por si mesmo », foi a primeira formula da verdadeira democracia; ella precedeu e preparou, sem duvida, a outra formula geral « ser governado por si mesmo ». O povo inglez podia ter creado o termo *self judjement*, muito antes de haver introduzido o de *self government*.

Foi no reinado de Henrique II que a instituição do jury primeiro se manifestou sob a fórma ainda mal delineada do grande tribunal—*grande assize*. Este formava-se elegendo o cheriff quatro cavalleiros que á seu turno escolhiam doze pessoas para darem sua opinião sobre o facto. O jury os inqueria sobre a materia do pleito; e conforme seu parecer unanime decidia. (*)

Como os doze homens funccionavam mais como testemunhas, do que como juizes, e naquelle caracter prestavam um juramento de expôr a verdade; proveio dahi o nome de *jurados* que receberam em principio; e o nome do jury que teve mais tarde a instituição, quando veiu a se fundar sobre esse esboço.

(*) Meyer—Instituições Judiciarias — Tom. 2.º

A *grande assize* no começo não foi uma instituição geral, sim peculiar á certas questões territoriaes. Foi no reinado de Henrique III que se ampliaram suas attribuições, dando-lhe competencia tanto no civil, como no crime. Os jurados, de simples testemunhas, passaram a exercer as funcções de verdadeiros juizes, mas decidindo exclusivamente do facto, sem poder para a applicação da lei. (*)

Houve na antiguidade instituições judiciarias, que não deixam de ter grande affinidade com o jury. Os *dicurtes* em Athenas e os *judices selecti* em Roma eram tirados á sorte; mas tinham o caracter de verdadeiros juizes; decidiam de direito e de facto. O mesmo se nota a respeito dos *plaids* germanicos. (**)

Creação da democracia representativa, o jury devia ter a mesma patria do parlamento, e ser animado pelo espirito da mesma raça. Elle precedeu, como já observei, á autonomia legislativa, e talvez a preparou. Na idade moderna o direito privado conquista seus foros, com maior energia do que, o direito politico.

Os fundamentos do jury, como elle actualmente existe são dous; sua competencia especial ao facto e

(*) Joseph Rey — Instituitions Judiciaires de L'Angleterre — Tom. 2.º

(**) Aignau — Histoire du Jury — pag. 34.

sua formação pela sorte. Já demonstrei o principio democratico dessa divisão da attribuição judiciaria ; tratarei agora do meio de constituir o tribunal.

Confrontado o meio da sorte com a eleição ou com a nomeação, principios adoptados para a designação de todos os agentes do poder, elle se apresenta sem duvida sob uma face desfavoravel. A sorte não é a expressão de uma vontade intelligente, qual a que deve dirigir a sociedade ; não significa uma transferencia de autoridade, porque a autoridade não tem sua razão no acaso, mas na soberania da nação.

Será porventura o jury um mero tentamen, uma aspiração vaga, que outr'ora se manifestou no sentido de democratisar a judicatura alcançando para este ramo de poder uma interferencia popular embora fortuita? Deve o suffragio completar essa instituição apenas esboçada, como já completou a instituição do parlamento, que antigamente era um privilegio de classe em vez de uma corporação electiva ?

Confesso que por muito tempo hesitei ante esta duvida, especialmente quando escrevia sobre o systema representativo (*) e terei necessidade de meditar com a maior attenção á respeito do verdadeiro caracter da democracia. Meu espirito foi levado por uma de-

(*) Systema representativo por J. de Alencar.

ducção de idéas, que me pareceu de logica rigorosa, a buscar pelo principio electivo a solução desse problema da constituição do poder judicial.

Não quero dizer com isto que a solução fosse nova e deixasse de existir para outras. Refiro-me unicamente a minha convicção ainda não formada sobre esse ponto ; a minha razão, que repugnava aceitar como principio de governo o que lhe parecia a negação de todo o principio — a casualidade.

Actualmente penso ao contrario que o suffragio tão racional e benefico na escolha da legislatura, seria inconsequente e iniquo applicado á judicatura. Esta verdade é tirada á evidencia pela indole do poder judicial e a natureza especial de suas funcções no mecanismo social.

Os tres ramos do poder exprimem tres phases da acção humana, a vontade, o movimento, o acto : a vontade do poder é a lei ; o movimento é a execução ; o acto é o julgamento.

Si a natureza do poder legislativo exige a universalidade das vontades dos cidadãos para formar a vontade geral, a lei ; si a natureza do poder executivo reclama a unidade de pensamento para a execução da lei ; o caracter do poder judicial torna indispensavel essa promiscuidade de todas as opiniões, essa designa-

ção fortuita e cega que sómente se obtem por meio da sorte.

O judicial representa no jugo dos poderes politicos uma funcção diametralmente opposta ao legislativo. Ao passo que este exprime a influencia individual do cidadão votante sobre o poder constituido ; aquelle exprime a acção do poder constituido sobre a individualidade do cidadão. A missão deste ramo é applicar á lei ao caso especial, traduzil-a em facto da vida civil.

Concluo pois que o predominio da maioria seria um despotismo odioso nas funcções desse poder. A individualidade humana, a respeito de seus direitos privados, é soberana e independente. Toda a nação, não tem faculdade para a esbulhar de uma fracção qualquer de sua personalidade, ou mesmo do exercicio della. Logo a maioria fica reduzida na esphera desse poder, á uma expressão numerica sem o menor alcance politico.

No parlamento, no governo de todos por todos, a maioria, embora não seja um poder, comtudo é o orgão da vontade geral. A razão está na necessidade indeclinavel de pronunciar-se a nação inteira á respeito dos negocios publicos, e na natureza collectiva dos interesses em lucta, dos quaes sem duvida o maior numero tem maior quinhão.

Na judicatura, porém, a maioria não póde nem mesmo servir de orgão á justiça social, pela sediça razão de que muitos pensam melhor que poucos. Os argumentos, que resultam esse prejuizo, são de uma valentia irresistivel.

Primeiramente, o poder judicial é distribuido pelas localidades, para estar ao alcance do cidadão, e não se concentra em um só ponto geral, como o poder legislativo. A maioria, portanto, que decidisse tal questão, em certa comarca ou termo, poderá bem não ser a maioria de toda a nação, que fez a lei, de cuja applicação se trata.

Em segundo logar, sendo a justiça, não uma instituição nacional, como a lei, mas um principio eterno e absoluto, toda a nação condemnando um homem, a unanimidade podia não passar de uma minoria mesquinha, em confronto com a humanidade civilisada.

Mas, admittindo que a maioria local fosse a maioria real e legitima, ainda assim, a sua intervenção no julgamento seria inadmissivel. Ou se trata de defender um interesse social contra o individuo; nesse caso a maioria era parte; e portanto suspeita. Ou versa o pleito sobre um interesse privado, que só se refere aos dous litigantes; em tal caso não póde a maioria impôr-se como juiz.

O verdadeiro interprete da justiça é a opinião universal; e como esta não se revela por si, de uma maneira positiva, e sobre todos os factos submettidos a julgamento; o meio de obtel-a, não póde ser outro, senão interrogar a consciencia de um certo numero de homens, a qual, desprendida de quaesquer considerações politicas, resuma, ou antes, reflicta a consciencia da humanidade.

A sorte, por isso mesmo que é a negação absoluta de todo o principio, realisa perfeitamente essa necessidade indeclinavel de baralhar todas as opiniões, de confundir todas as classes, afim de extrahir, da massa geral dos cidadãos, os jurados, os representantes da opinião universal. Si, a vontade de um ou de muitos, os designasse, elles seriam mais ou menos os instrumentos dessa vontade; designando-os o acaso, não recebem delegação de nenhum poder, não estão sujeitos a qualquer influencia; não são cidadãos, mas homens, não são opiniões, mas consciencias.

Póde-se dizer do jury que elle é o juizo de Deus; ao contrario daquelle em que se confiava o direito da força e da coragem. Neste pleitêa a razão e decide o criterio da justiça absoluta. (*)

(*) O primeiro tentamen do jury, a *grande assize*, de que já tratei, foi creada para substituir o combate judiciario, muito frequente nos pleitos originados por questões de fundos, Vid. Meyer cit. — Tomo 2.º, pags. 173 á 182.

Resumindo estas considerações, deixarei estabelecido que a natureza do jury e seus principios cardeaes são os seguintes;

I. — Designação dos membros do tribunal por meio da sorte; que rompe todas as solidariedades de interesses e affinidades de idéas entre os cidadãos de uma localidade.

II. — Uma base larga, afim de abranger todos os elementos da sociedade, de modo que seja a consciencia publica, e não a consciencia de uma classe, quem julgue.

III. — Um numero de jurados bastante, para se presumir que elle resume em seu seio as differentes impressões e a varia physionomia da sociedade.

Além destes, não considero que haja qualquer outro principio substancial, sem o qual se altere e perturbe a natureza do jury. Tudo o mais são fórmas, necessarias para realisar a instituição.

## II

### O JURY ACTUAL

A fórma exerce sobre a idéa uma influencia consideravel; a mesma influencia do corpo sobre o espirito humano.

O jury, como actualmente existe, é um exemplo bem evidente da perturbação de uma doutrina sã por causa de um processo intrincado e vicioso. No estado presente da instituição, o seu principio cardeal, está confirmado por um acervo de fórmas inuteis, como garantias nocivas, como meios de protelação e vexames.

Tomarei por base deste exame, que vou instituir sobre o jury actual, a legislação brazileira, que bebeu na fonte pura das tradições inglezas, depurando comtudo a idéa daquelles estylos peculiares á raça.

O primeiro erro foi introduzir o censo em materia de jury.

O julgamento do cidadão por seus pares, ou a sociedade julgada por si mesma, desappareceu desde que

se excluiu uma parte da população de entrar na composição do tribunal; reservando-se para a classe média e superior o direito exclusivo de conhecer da vida, honra, liberdade e bens das outras classes. Essa extorsão do julgamento ao proletario, me parece mais iniqua e despotica do que a extorsão do voto.

Para defender esta, ainda havia uma razão, embora sem grande procedencia; allegavam que o obscuro artesão não estava no caso de resolver com exacto conhecimento sobre os negocios publicos. Mas nem um argumento decente se póde apresentar, que demonstre a justiça ou conveniencia de privar o proletario da faculdade de julgar. Trata-se da pessoa civil, dos direitos individuaes que a elle tambem competem, como ao primeiro cidadão, ao monarcha; a decisão a dar é sobre um facto, ao alcance de qualquer intelligencia.

O censo restringiu consideravelmente a base do jury, exigindo a lei para o cargo de jurado as condições do eleitorado, com diminuição da renda para a generalidade dos termos; porém, com augmento no duplo, si a renda provier de commercio ou industria.

*Lei de 3 de Dezembro de 1841 art. 27.*

A mesma lei dá a medida do acanhamento da instituição, estabelecendo como o minimo para haver conselho, em um termo, o numero de 50, quando a sessão

deve formar-se com 48 ou, pelo menos, 36 jurados. Nos termos que se achem em taes circumstancias, aquelles cincoenta homens formarão um tribunal permanente, que não terá absolutamente a natureza do jury. Em vez de reflectir a consciencia publica, reproduzirá a solidariedade de uma classe ; e, por conseguinte, constituirá uma tyrannia odiosa, na distribuição da justiça.

Outro erro foi inverter o caracter do jury, transformando um direito em onus.

Ha, nas relações entre o Estado e o cidadão, direitos e obrigações reciprocas : são estas obrigações que usualmente chamam onus. O Estado tem o onus de garantir ao cidadão o gozo de seus direitos individuaes ; o cidadão o onus de concorrer com uma fracção desses direitos individuaes para a communhão. Todos os encargos ou do Estado ou do cidadão, estão contidos nessa obrigação generica.

O onus individual, portanto, apresenta um caracter que não se confunde ; é a cessão de uma fracção determinada da personalidade do cidadão, isto é, de seus direitos individuaes. O onus do recrutamento, é a cessão do direito da existencia ; o onus da obediencia, é a cessão do direito da liberdade ; o onus do imposto, é a cessão do direito de propriedade.

O cidadão julgando seus pares, exerce um direito, da mesma fórma que fazendo a lei por meio de seus

representantes, ou elegendo o chefe do poder executivo. E' o mesmo direito lato que constitue a personalidade politica ; o direito de intervir em todas as funcções da existencia nacional, de que elle participa.

Não ha, pois, no jury um onus ; como não ha onus no voto, e na igualdade. Si o cidadão abandona as armas, si despreza os cargos e funcções publicas, abertas a todo o merecimento ; não faz mais que renunciar ao exercicio de um direito, de que elle é unico arbitro e senhor. O Estado não tem tutella sobre elle para coagil-o á usar do que lhe pertence exclusivamente.

O legislador brazileiro amesquinhou o jury, dando-lhe o caracter sempre repugnante de um onus. O Codigo do Processo estabelecêra a multa de 20$000 a 40$000 por cada falta não justificada do cidadão ás sessões do jury — art. 313, e levára o rigor á ponto de privar, de inhabilitar para os empregos publicos, aquelle que recusasse o honroso cargo de jurado ou fosse multado tres vezes em uma legislatura — art. 321.

A Lei de 3 de Dezembro de 1841 modificou esta severidade ; revogou o art. 321 do codigo e reduziu a multa, fixando-a entre 10$000 e 20$000, por cada sessão. Mas o caracter de onus attribuido ao jury, subsistiu ; e porventura com maior vexame quanto á multa, desde que, a faculdade de

impol-a e apreciar a justa causa da ausencia, passar do tribunal do jury para o juiz de direito.

Que obteve o legislador com essa violencia á liberdade individual do cidadão? Um resultado diametralmente opposto á sua mira. Cuidou implantar fortemente no paiz, pelo receio da pena, a instituição do jury, e, ao contrario, a fez definhar, ao ponto em que a vemos actualmente. Si conhecesse a physiologia social, por certo, não se havia de transviar; comprehendêra que o meio infallivel de radicar uma idéa no seio de qualquer povo, não é degradando-a aos olhos do cidadão, pela compressão, mas, sim, ennobrecendo-a e elevando-a bem alto, pelo influxo da liberdade.

Si os estadistas brazileiros querem rehabilitar o jury, pensem, quanto antes, em restituil-o ao seu genuino caracter, de um direito politico, tão pleno e livre, como o suffragio.

Não os demova a consideração da tibieza com que, em geral, se porta nosso povo, no exercicio de seus mais importantes direitos. Essa frouxidão é um habito gerado pelas tradições da administração publica, avida de mando a um ponto excessivo. Posto no costume de ser tutellado pelo governo, até na vida individual, sem a illustração necessa-

saria para reagir; não admira que este povo se abandone cegamente ao poder constituido, fiando tudo da moderação e brandura natural do caracter brazileiro.

Desde que se inicie um outro systema de governo, mais consentaneo com o espirito de nossa Constituição e a indole do verdadeiro systema representantivo; nosso povo fará como o adolescente que, entregue á si mesmo, se desenvolve pela força da necessidade, e adquire cedo a inicitiava e o impulso proprio do homem.

Poucos cidadãos comparecerão voluntariamente ás sessões do jury para exercer seu direito; será um symptoma de degeneração da parte do povo, mas o Estado continuará sua marcha; essa minoria por insignificante que seja ha de julgar os pleitos; e se dispuzer á seu talante da vida e liberdade da maioria, nella propria recaia a culpa.

O jury deve estar até nos seus minimos detalhes, como tudo que é democratico, sob a immediata vigilancia da opinião publica. E' indispensavel que esse fogo de Vesta, que se chama a notoriedade, illumine todos os julgados, até as circumstancias mais insignificantes, para que a consciencia publica, julgue por sua vez os julgadores; e estigmatise os máos.

A legislação brazileira, para envolver a decisão dos jurados da maior reserva e segredo, adoptou varios meios: o primeiro sorteio dos 48 jurados que devem formar o conselho geral; o segundo sorteio dos 12 jurados para formar o conselho especial de julgamento; a incommunicabilidade dos membros deste conselho, durante todo o processo, embora se prolongue, como ha exemplo, cerca de 72 horas; finalmente, a votação do conselho; não só em lugar vedado, como por escrutinio secreto.

Quanta formula vã e ridicula para alcançar o impossivel!

Si o jurado é um homem bom, compenetrado de sua alta missão, dirigido por uma consciencia recta; todo esse apparato de formulas não serve senão para fatigar seu espirito, confundir-lhe as idéas, e inhabilital-o a proferir decisão justa, que no repouso da mente, e na singeleza de seu bom senso, elle infallivelmente havia de pronunciar.

Si, ao contrario, o jurado fôr um máo homem, de indole pervertida, poderá impunemente, a salvo até de qualquer responsabilidade moral, satisfazer seus instinctos depravados. As fórmas complicadas, inuteis para garantia do juiz recto, que tem a sufficiente no seu caracter, protegerão o juiz corrompido e falso, subtrahindo-o á sancção da opinião publica.

Ha caracteres perplexos, incapazes de obrar por inspiração propria, que se tornam bons ou máos, conforme a influencia que actua sobre elles. Sem duvida, estava na mente do legislador, adoptando o segredo no processo do jury, isolar esses espiritos fracos de qualquer suggestão alheia, afim de que se podessem manifestar por si mesmos, conforme os dictames da propria consciencia.

Mas, lá mesmo no conselho especial de julgamento, soffrem elles o predominio da vontade alheia, tanto mais forte quanto não é neutralisada. Sabem todos que a decisão do jury não é as mais das vezes, senão o voto de um cidadão mais illustrado, de posição superior, que se acha entre os doze, e lhe transmitte, talvez que involuntariamente, sua opinião. Em numero tão diminuto, segregados da opinião publica e do parecer de outros espiritos, igualmente esclarecidos, não podem estes jurados eximir-se ao prestigio de um ou de alguns mais autorisados.

Sem a incommunicabilidade, ao contrario, o cidadão está sujeito ás diversas correntes da opinião ; os alvitres oppostos são partilhados por homens de esphera superior. A consciencia do jurado, esclarecida por essa discussão prévia e espontanea, decide melhor. Os debates perante o tribunal, longe de serem, como agora, um meio de arrebatar-se o voto, sorprendendo a

consciencia ainda vacillante, se tornarão o que devem ser — a discussão, o choque final das provas, de onde resalte a verdade.

Finalmente, a sequestração actual do jury fere a base da instituição. O que é esse tribunal, senão a consciencia publica, que se presume personificada em certo numero de cidadãos?

Como, pois, retirar taes individuos subitamente do seio dessa mesma consciencia publica, que elles devem fielmente reflectir, para apreciar e decidir dos factos submettidos a julgamento?

Parece uma anomalia.

Quando se perpetra um crime, forma-se de ordinario em torno, no meio social a que elle interessa, uma opinião a respeito do autor, das causas e circumstancias do facto.

Essa prova que, na linguagem da jurisprudencia, se designa por *notoriedade publica*, tem um caracter impalpavel, por assim dizer; produzida por um aggregado de pequenas circumstancias imperceptiveis e subtis, que se encadeam misteriosamente no espirito publico; não é possivel apprehendel-as e dar-lhes corpo no processo.

A antiga jurisprudencia pretendeu obter esse resultado por meio de testemunhas de outiva, que depunham sobre a voz publica; mas esse meio era imperfeito. Foi o jury que poz ao serviço da justiça, essa força latente da consciencia publica, confiando-lhe a decisão suprema dos factos da vida civil. E' preciso, pois, que o jury se nutra della.

Ora, a voz publica, não é a voz unanime, especialmente quando se trata de crimes insignificantes, ou quando é avultado o centro da população. O conselho especial do julgamento póde não sahir daquella parte da população, que sentiu e apreciou o facto.

Incommunicavel, apenas o designam, não póde penetrar no tribunal aquella convicção latente da sociedade a respeito do facto vertente, nesse caso, os representantes da consciencia publica julgam, completamente alheios á consciencia publica.

O ultimo vicio do jury actual consiste no processo moroso e fatigante.

Já passou o tempo em que o exercicio do direito politico era a occupação principal, e muitas vezes exclusiva, do homem. O estado provia á subsistencia publica; os grandes cidadãos, enriquecidos com os despojos do inimigo, mantinham suas clientelas. Nesse periodo embryonario da sociedade, quando a vida

civil era um accidente apenas, podia o individuo dedicar toda sua actividade aos negocios publicos.

Actualmente, de accidente que foi a vida civil, se manifestou o fim da sociedade, de que a politica é apenas meio.

A familia está na cupula, a nação na base. O cidadão que nada recebe do Estado para a subsistencia dos seus, antes contribue com sangue e dinheiro para a communhão, tem jus indisputavel de zelar seu tempo e a sua actividade.

A lei deve, pois, tornar sempre o exercicio de qualquer direito politico o mais facil e menos penoso que seja possivel.

No jury se dissera que houve proposito contrario. Um sem numero de formulas ociosas, a leitura cançada de autos volumosos, a inquirição de testemunhas á tropelia, e por fim debates interminaveis; taes são os tramites inventados para moer o tempo e a attenção dos jurados.

Ha exemplos de oradores que atravessam uma noite á fallar, e fazem timbre disso. Já se tem dado tambem o caso de apresentar-se o réo ladeado de tres o quatro advogados; abuso que toleram os magistrados, talvez coactos pelo respeito ao direito de defeza. Por mais sagrado que seja esse direito, deve ter limite; e



A1602 D. 1946

BIBLIOTECA NACIONAL Rio de Janeiro

não ficar á discrição da parte amplial-o além do necessario, por méro capricho.

Ha, nos annaes judiciarios, o precedente de annullar-se processos pela falta insanavel do toque das campainhas. Este facto dá a medida do que é o processo actual perante o jury.

Adulterada por fórmas tão viciosas, transformada de direito em onus, e onus bem pesado, não admira que essa nobre instituição tenha cahido em tamanho descredito; e que o cidadão longe de ver nella uma garantia das suas liberdades, a considere antes como uma contribuição forçada, e um sacrificio enorme de sua pessoa.

Realmente, o individuo que alimenta sua familia com seu trabalho ha de soffrer uma, duas vezes no anno a perda de oito ou dez dias de vencimentos; ou sujeitar-se ás multas; é uma capitação violenta, que, se continuar, destruirá completamente a instituição do jury em nosso paiz.

Uma reforma no sentido de libertar a idéa capital dos defeitos que a tolhem, me parece a primeira necessidade publica, depois da restauração do systema representativo em materia eleitoral. O parlamento, donde sahe a lei, é o cerebro da nação; mas o jury, que pronuncia a sentença, é o coração da sociedade.

## III

### OS JURADOS

A exclusão do direito a respeito de certas classes da sociedade é sempre, em qualquer relação, uma tyrannia odiosa: na sociedade civil, importa a escravidão; na communhão politica, o despotismo.

A universalidade do direito é sua condição essencial. O individuo já obteve o reconhecimento deste dogma da igualdade; mas o cidadão ainda soffre a prevenção poderosa que tem as classes elevadas contra a plebe.

O suffragio universal, assim como o jury universal, serão algum dia uma bella realidade; e nessa occasião ficará patente a verdade hoje desconhecida, que a condição primordial da solidez e tranquillidade para os Estados é a participação da plebe no governo do paiz. Venha em boa hora a emancipação politica das classes menores e incapazes, que hoje sómente se occupam em reagir contra a oppressão, e, rehabilitadas, se tornarão um manancial de patriotismo e virtudes civicas.

não ficar á discrição da parte amplial-o além do necessario, por méro capricho.

Ha, nos annaes judiciarios, o precedente de annullar-se processos pela falta insanavel do toque das campainhas. Este facto dá a medida do que é o processo actual perante o jury.

Adulterada por fórmas tão viciosas, transformada de direito em onus, e onus bem pesado, não admira que essa nobre instituição tenha cahido em tamanho descredito; e que o cidadão longe de ver nella uma garantia das suas liberdades, a considere antes como uma contribuição forçada, e um sacrificio enorme de sua pessoa.

Realmente, o individuo que alimenta sua familia com seu trabalho ha de soffrer uma, duas vezes no anno a perda de oito ou dez dias de vencimentos; ou sujeitar-se ás multas; é uma capitação violenta, que, se continuar, destruirá completamente a instituição do jury em nosso paiz.

Uma reforma no sentido de libertar a idéa capital dos defeitos que a tolhem, me parece a primeira necessidade publica, depois da restauração do systema representativo em materia eleitoral. O parlamento, donde sahe a lei, é o cerebro da nação; mas o jury, que pronuncia a sentença, é o coração da sociedade.

## III

### OS JURADOS

A exclusão do direito a respeito de certas classes da sociedade é sempre, em qualquer relação, uma tyrannia odiosa: na sociedade civil, importa a escravidão; na communhão politica, o despotismo.

A universalidade do direito é sua condição essencial. O individuo já obteve o reconhecimento deste dogma da igualdade; mas o cidadão ainda soffre a prevenção poderosa que tem as classes elevadas contra a plebe.

O suffragio universal, assim como o jury universal, serão algum dia uma bella realidade; e nessa occasião ficará patente a verdade hoje desconhecida, que a condição primordial da solidez e tranquillidade para os Estados é a participação da plebe no governo do paiz. Venha em boa hora a emancipação politica das classes menores e incapazes, que hoje sómente se occupam em reagir contra a oppressão, e, rehabilitadas, se tornarão um manancial de patriotismo e virtudes civicas.

Emquanto se opéra essa revolução moral, trate cada nação de desenvolver os principios liberaes de sua carta politica. Nós, os brazileiros, que neste ponto já conquistamos tão distincto lugar, entre os paizes democraticos; devemos espancar a inercia que ha tolhido nossos esforços, e corresponder ás nobres aspirações dos primeiros legisladores da patria.

A Constituição brazileira, no art. 92, definiu a capacidade eleitoral. Em meu trabalho sobre o systema representativo, já demonstrei a exorbitancia da lei ordinaria que alterou a disposição litteral desse artigo; bem como a urgencia de restabelecel-a.

O direito de julgamento deve ter a mesma base que o direito de suffragio; são ambos direitos politicos ou manifestações da soberania nacional. O referir-se uma ao poder legislativo, outra ao poder judiciario, tem muita influencia á respeito do modo de enunciação; mas nenhuma absolutamente a respeito da amplitude do direito em si.

Todo o cidadão votante é implicitamente cidadão jurado; porque votante e jurado não querem dizer mais do que cidadão activo, cidadão no exercicio da soberania. A competencia, a faculdade, é uma e a mesma; differe a funcção unicamente.

Si condições peculiares á um povo, como sua falta de instrucção, e a má indole das classes inferiores,

pesassem no animo do legislador para restringir o exercicio do direito politico, parece racional que elle começava pelo suffragio, em virtude do alcance maior que tem sobre a sociedade.

Em verdade o jurado póde com a infinidade dos crimes perturbar a sociedade. Mas ha assassinato que valha uma guerra imprudente? Ha roubo que se compare com a estorsão de impostos exigidos pela delapidação dos dinheiros publicos?

Maior aptidão tem o individuo por mais ignorante que seja para julgar da existencia de um facto civil, do que para julgar de uma questão politica. Naquelle primeiro caso elle está na sua esphera, ao nivel de sua observação diaria; emquanto que a respeito do segundo elle não tem o minimo criterio que o possa guiar, senão a confiança em outras pessoas mais habilitadas do que elle.

Si com o censo se procura obter no jurado certa capacidade profissional para o julgamento, esta mira repugna com o principio e fundamento da instituição. O jury é tribunal de facto; toda a parte technica da jurisprudencia é reservada aos magistrados; o tribunal democratico decide unicamente do facto e decide em consciencia, sem estar adstricto á lei, á documentos, á testemunhas ou peritos.

Supponha-se que versa o pleito sobre um caso medico-legal, sobre uma circumstancia technica de qualquer arte ou sciencia, os jurados por certo não têm a minima habilitação para decidir do assumpto á que são completamente alheios. Mas conforme o conceito que fazem da sciencia e probidade dos peritos, depois de ouvil-os forma-se em seu espirito uma convicção.

Dessa convicção, que nada tem de sabia e doutrinal; é essa convicção do povo, essa consciencia publica, essa alma nacional, a grande virtude do jury. O povo sabe mais do que todos os sabios; porque apura os profundos conhecimentos adquiridos por elles no crisol dos costumes e tradições, que a sciencia de ordinario desdenha.

Quem deseje um juizo profissional, decidindo dos factos com a autoridade do mestre, e não com o poder da democracia, erra sem duvida aceitando o jury sensitorio; porque este embora composto de pessoas abastadas não satisfaz esse desiderato, nem mesmo no paiz mais civilisado da Europa. França ou Inglaterra são paizes adiantados; mas não possuem classes medias com as habilitações judiciarias, que se exige nos magistrados.

O censo destroe uma das condições do jury; a fusão de todos os elementos sociaes para que o tribunal della sahido represente verdadeiramente a democracia, a integridade moral da nação. Semelhante

effeito não se consegue desde que só uma ou algumas classes concorrem para a formação do ramo democratico do poder judiciario.

A renovação do tribunal, uma das mais fortes garantias de imparcialidade, necessariamente se restringe desde que estreita-se a margem da população apta para o cargo de jurado. Com as recusas e os novos julgamentos, o jury se torna sedentario, em vez de mutavel e fortuito como deve ser para efficacia da instituição.

E' certo que a instituição nasceu em Inglaterra com o censo e ainda alli existe sobre essa base. Mas advirta-se que o systema representativo, foi por uma deducção muito natural, embora estranha á primeira vista, produzido pelo feudalismo. A lucta da realeza com a aristocracia territorial fomentou esse governo da resistencia que mais tarde se desenvolveu pelo vigor e energia da raça saxonia.

Como o suffragio, o jury havia de resentir-se da influencia do feudalismo. Entretanto ultimamente a propria Inglaterra tomou a iniciativa da reforma eleitoral, no sentido de generalisar o voto e garantir até certo ponto a representação da minoria. Quaesquer que sejam as lacunas e os effeitos immediatos da reforma para o povo inglez, devemos felicitar-nos pelo

triumpho importante, apesar de incompleto, que a idéa da verdadeira democracia alcançou no primeiro parlamento do mundo.

Não tardará de certo a vez do jury. O direito de julgar será restituido ao cidadão inglez, como em parte acabam de fazer em relação ao direito de votar. E nós, assim como não esperamos pelo exemplo da Inglaterra para escrever no art. 92 da Constituição aquelle grande principio da igualdade politica em materia eleitoral, não carecemos de exemplo estranho para ampliar essa igualdade ao poder judiciario. Que melhor exemplo do que nos deram os primeiros legisladores da patria, os autores da carta de 25 de Março?

Adoptada para o jurado a mesma base constitucional do votante; cumpre estabelecer algumas condições a respeito do exercicio desse direito.

A qualificação ou registro politico do cidadão activo deve ser a mesma, em ambos os casos, visto que a capacidade é uma só. Não ha necessidade de uma qualificação especial como existe actualmente, confiada á autoridades policiaes, que della fazem arma contra os adversarios, quando é preciso; e quando não, alliviam do onus os amigos.

Sendo o exercicio do direito de jurado voluntario e tão livre como o direito de suffragio, a lista

de qualificação se reduz apenas a um indice dos cidadãos activos; a prova da capacidade é o titulo de qualificação, que deve ser exhibido na occasião de entrar o jurado em funcções.

Nada inhibe o cidadão ausente do termo temporariamente de exercer seu direito no lugar onde se ache. Desde que o direito não é local, como o voto municipal, porém nacional; desde que o cidadão traz comsigo a prova authentica da posse desse direito; cessam as razões em que se fundava o legislador para sequestrar o direito do individuo ausente em seu domicilio, mas presente no Imperio.

Resta-me tratar de uma modificação peculiar que soffre o exercicio do direito politico do jurado: — a suspeição.

De duas especies é a suspeição; ou tem uma causa geral, que inhibe o individuo de obrar livremente em qualquer pleito; e neste caso chama-se incompatibilidade; ou tem uma causa particular, referente unicamente a certa pessoa; e então chama-se propriamente suspeição.

A legislação vigente considerou incompativeis para o cargo de jurado: 1.° os senadores e deputados; 2.° conselheiros e ministros de estado, presidentes e seus secretarios; 3.° magistrados e ecclesiasticos; 4.° bispos,

vigarios e clerigos de ordens sacras; 5.° commandantes de armas e de corpos de primeira linha.— Codigo do Processo Criminal art. 23, Lei de 3 de Dezembro, art. 27.

Todas estas incompatibilidades são fundadas nos mais sãos principios. A primeira classe comprehende os membros do poder legislativo, que não devem accumular duas funcções democraticas. A segunda classe os agentes do executivo, cuja intervenção no ramo temporario do judiciario, romperá o equilibrio dos poderes. Na terceira classe entram os magistrados ou juizes lettrados que representam o ramo permanente da judicatura incumbido da applicação da lei e portanto não devem compor o tribunal de facto. Na quarta se acham os ministros da religião cujos deveres espirituaes não comportam o rigor e inflexibilidade da justiça social. Finalmente e por um motivo diametralmente opposto, os commandantes militares affeitos á severidade excessiva da disciplina marcial, e como taes improprios para o mister de julgador civil, formam a quinta classe.

Além destas incompatibilidades provenientes do cargo, ha outra de igual importancia que a legislação actual apenas esboçou. No art. 27 do codigo do processo se acha uma recommendação á autoridade

formadora da lista para excluir os individuos embora capazes, que «notoriamente não gozarem de conceito publico por falta de intelligencia, integridade e bons costumes». Reproduzindo essa recommendação a Lei de 3 de Dezembro, art. 29, acrescentou os pronunciados, e os condemnados por homicidio, furto, roubo, bancarrota, estellionato, falsidade e moeda falsa.

Ha lacuna na disposição vigente. A regra é que todo o individuo submettido á acção da justiça, não póde exercer seu direito politico de julgar. Portanto o simples indiciado desde a pendencia da lide fica incompativel para o cargo de jurado. Quanto a notoriedade sobre falta de senso e costumes; si ella existe e de natureza á cahir sob a acção da lei, deve produzir a incapacidade civil ou a admoestação policial do termo de bem viver; e neste caso o individuo fica implicitamente excluido.

Se porém o individuo, embora não goze de conceito quanto ao seu caracter, e proceder, escapa a acção da lei, não ha direito de excluil-o da funcção de jurado. A's partes fica o arbitrio de o recusarem como suspeito, sem exhibir a razão, nem instituir um exame sempre odioso sobre a moralidade do cidadão.

A suspensão do exercicio do direito politico expira com a pena que a motivou. No dia seguinte ao da sua

liberação, o cidadão póde votar. Mas para a attribuição de julgar, esse facto de haver recentemente soffrido uma condemnação e acabado de cumprir sentença, traz um impedimento. O réo ainda sob a impressão moral da punição, não póde ter a imparcialidade do juiz; ou elle não se corrigiu, e nutre um sentimento hostil contra a sociedade que o condemnou; ou se corrigiu; e é naturalmente impellido á ostentar uma severidade demasiada, que a seus olhos o absolva do passado. Em qualquer dos casos é um homem apaixonado; é um coração e não uma consciencia.

Essa inhabilitação ou incompatibilidade gerada pela pena, não deve nem ser perpetua nem especial a certos crimes como a decretou o art. 29 da Lei de 3 de Dezembro. A perpetuidade repugna com o facto de correcção moral que se presume ser o effeito da pena. A Constituição brazileira art. 8.°, § 2.° não tolera que o cidadão brazileiro seja privado perpetuamente do exercicio de qualquer direito politico. A restricção á certos crimes de maior gravidade é infundada; porque o motivo da incompatibilidade existe á respeito de qualquer condemnação; e muitas vezes será mais vehemente nos crimes leves, cuja pena diminuta irrite, sem corrigir o animo do réo.

Cinco annos em crimes inafiansaveis, um nos afiançaveis, e seis mezes nas infracções; me parece

um prazo razoavel para duração do impedimento. Nesse periodo a primeira exaltação que deixa a pena, quér nas boas, quér nas más tendencias, se desvanecerá com o attrito da sociedade, a que o delinquente é restituido.

A suspeição é dividida pelos peritos em duas especies. A suspeição motivada e a suspeição peremptoria.

A suspeição motivada, exigindo um processo, não se compadece com o jurado, juiz especial, escolhido no momento de conhecer do feito; importaria a morosidade no processo. Em Inglaterra ella está em uso; mas nossa legislação, ainda que no art. 61 do codigo do processo decretou esta suspeição motivada em geral a respeito de todos os juizes; comtudo parece que reservou para os jurados a recusa, ou suspeição peremptoria do art. 275.

Realmente a natureza do jury não permitte outra especie de suspeição. Ao mesmo tempo, que protege a defeza, investindo-a do direito de arredar os juizes juridicamente suspeitos; preserva-a tambem da influencia activa de quaesquer preconceitos e idéas, que embora não produzam um antagonismo positivo, geram comtudo antipathias e dissonancias, perigosas no julgador.

A legislação brazileira fixou em doze o numero das recusas para qualquer das partes : é o mesmo numero do conselho. Com o direito de provocar novo julgamento, tem o réo portanto tres recursos contra a sorte, na organisação do tribunal que o deve julgar.

## IV

### DO PROCESSO EM GERAL

A judicatura é de todos os poderes sociaes, o que possue maior virtude conservadora.

Comprehende-se bem a razão. Com elle se travam os interesses mais poderosos da sociedade, as tradições de familia, os direitos privados, os costumes civis. Esses elos fortes da vida domestica enlaçam por tal fórma a magistratura de um paiz, que ella resiste inabalavel ás maiores commoções dos povos. Para exemplo, a magistratura franceza através da revolução de 1789.

A força conservadora deste poder se manifesta não sómente a respeito da jurisprudencia, como das tradições e normas forenses. A formula uma vez admittida e consagrada se perpetua e immobilisa; ha como que uma especie de incrustação de estylo, que se chama a *praxe*, a qual se deve submetter necessariamente todo o espirito, por mais independente e illustrado, desde que se dedique a essa arte difficil do fôro.

Não ha pois admirar que ainda hoje subsista no Brazil a antiga e rançosa praxe portugueza ; e que se professe em um paiz representativo, sob o regimen da publicidade, pelos mesmos modelos que deixaram os Caminhas e Vanguerves. A indole estacionaria da classe forense, foi poderosamente auxiliada pela inercia de nossos politicos primeiro ; e depois pelo funesto systema emolumentario.

A civilisação actual, a organisação politica, a intervenção da democracia em todas as funcções do poder, exigem imperiosamente que os actos publicos de qualquer natureza se manifestem sob uma fórma simples e clara. A opinião nacional, que se compõe da opinião de todos, do ignorante, como do sabio, tem o dever de devassar todos esses actos e julgal-os. Ora não será possivel semelhante juizo da nação, desde que as funcções politicas se exhibirem sob uma fórma technica e sybillina, só comprehendida dos iniciados.

Mais que nenhum ramo, carece o judiciario ainda imbuido na crosta do absolutismo, desse grande melhoramento. Debalde o legislador constitucional democratisou a judicatura brazileira inoculando-lhe a seiva popular do jury ; a nação ficou á porta do tribunal, como um profano, porque a linguagem que falla a justiça lá dentro, ella não entende, e portanto lhe aborrece. Quanto ha de ter concorrido para o descredito

da instituição no Brazil, o abstruso formulario do nosso fôro!

Abram uns autos ou civeis ou crimes, processados mesmo na côrte; e percorram-n'os com acurada attenção; não se póde inventar um melhor methodo de escurecer, de confundir, e baralhar a verdade, do que esse processo adoptado para elucidar os factos e gerar uma convicção a respeito delles no animo do julgador.

Sob o pretexto da continuidade, indispensavel para evitar as interferencias de palavras, torna-se o infolio um monstruoso acervo de palavras, sem aquella classificação e ordem, que tanto auxiliam o espirito, apresentando-lhe os objectos de uma maneira saliente e distincta. A attenção do leitor afoga-se naquelle oceano de linhas cotadas a dez réis; e não acha uma epigraphe para guial-o, um claro para repousar a vista.

Ha meios muito mais efficazes de acautelar a falsificação dos autos sem dar-lhes essa fórma indigesta, que deleita os espiritos diffusos, mas fatiga a razão clara. A assignatura do juiz, do escrivão e das partes são as melhores garantias da inalterabilidade de qualquer tramite do processo.

Onde não ha garantia, porém ao contrario azo á fraude é na serie de declarações ociosas e ridiculas inseridas a cada passo pelo escrivão com o titulo de

*termo*; é nos cabeçalhos impertinentes collocados no começo de cada depoimento de testemunhas; é na algaravia forense com que tudo isto se emmaranha; é finalmente no tempo perdido a fabricar estas monstruosidades judiciarias e a destruil-as, quando possivel.

Tomo para exemplo um processo crime. Examinando o que é essencial para formal-o de modo a obter o conhecimento da verdade, se reconhecerá quanta futilidade cara e incommoda contém a praxe actual, que deve ser expurgada de semelhante vicio.

Recebida pelo escrivão a queixa ou denuncia com despacho do juiz, procede elle a autoação. Escreve no rosto o nome das partes, com designação do crime mencionado na petição; em seguida de um modo conciso e simples a chronica do processo desde seu principio até subir á instancia superior. Esta synopse deve ser dividida em partes distinctas para maior clareza. Queixa ou denuncia. — Inquirição de testemunhas. — Pronuncia. — Fiança. — Julgamento. — Appellação. — Novo julgamento e as mais que forem necessarias.

As peças originaes, como a queixa, o corpo de delicto, o depoimento separado de cada testemunha, despacho do juiz, os quesitos com as respostas do tribunal, e outros documentos que compoem os autos

propriamente ditos, serão emmassados por ordem, numerados pelo escrivão e rubricados pelo juiz; devendo o summario ou synopse do escrivão referir-se especialmente a cada um, com citação da respectiva pagina.

Assim organisado, o processo, torna-se facil o exame. Com a leitura do summario fica o juiz senhor de toda a marcha do pleito, dos incidentes que sobrevieram, do estado em que se acha. Consultando as peças dos autos originaes, e cotejando-as com o summario, aprecia o valor da prova e a regularidade dos varios tramites do processo.

Uma circumstancia minima tambem concorre para a confusão dos autos que não devo omittir. Em todos os cargos se costuma exigir da parte dos pretendentes as habilitações necessarias ao bom exercicio dos mesmos. Assim o empregado fiscal se deve mostrar habilitado em arithmetica; o diplomatico no conhecimento das linguas; o de justiça, na praxe do fôro. Entretanto aos concurrentes dos officios de justiça, não se leva em conta o caracter da letra, condição importante para o cargo.

Por uma bizarria do acaso, não ha garatujas que levem a palma á gripharia já proverbial dos escrivães,

Era necessario tambem essa difficuldade, para envolver ainda mais as cousas de justiça em um labyrintho inextricavel. Não é licito aos profanos nem ao menos decifrar taes enigmas calligraphicos, quanto mais comprehender o pensamento sibyllino que elles encerram.

Ha de parecer ridiculo a muitos que uma reforma de tamanha importancia, como a das leis do processo dependa em parte de tão pequena causa, qual a má letra dos autos.

# ESTUDO SOBRE O PROCESSO CRIMINAL

# SECÇÃO I

## DO PROCESSO CRIMINAL

## LIVRO I

## Do Processo Commum

## TITULO I

### DA ACCUSAÇÃO OU FORMAÇÃO DA CULPA

### CAPITULO I

#### DA COMPETENCIA DO PROCESSO COMMUM

Art. 1.° Este processo é competente para as acções penaes em geral com excepção unicamente:

1.° De crimes da 1.ª, 4.ª e 5.ª alçada.

2.° Dos crimes de contrabando, moeda falsa, bancarota e trafico.

3.° Dos crimes de responsabilidade dos empregados não privilegiados.

Art. 2.° As regras do processo commum serão applicadas aos processos especiaes, emquanto não forem contrarias ás disposições peculiares a cada um.

## CAPITULO II

### DAS PARTES

Art. 3.° A accusação no processo commum compete.

§ 1.° Ao ministerio publico em todos os crimes com excepção do estupro, rapto, calumnia, injurias e adulterio.

§ 2.° Ao offendido, seu pai, mãi, tutor, curador ou conjuge, privativamente nos crimes de estupro, rapto, calumnia, injuria e adulterio.

§ 3.° A qualquer cidadão nos mesmos casos do § 1.°, com excepção porém dos crimes dos arts. 242, 243, 244 e 245.

Art. 4.° Nos crimes exceptuados no art. 1.°, § 1.°, o ministerio publico se tornará competente para promover a accusação, desde que o offendido ou seus representantes legaes, declarem em juizo, que renunciam ao direito de accusação e consentem na acção official.

Art. 5.° Quando o offendido quizer proseguir na acção, fóra dos casos em que a accusação lhe é privativa, se constituirá como parte auxiliar ao ministerio publico, competindo-lhe o direito de addir o libello.

Art. 6.° Não podem accusar: 1.° pai e filho; avô e neto; conjuge e irmão; 2.° o escravo contra o senhor, o advogado contra o cliente; 3.° o incapaz civilmente, o filho familia sem licença do pai e o inimigo capital quando não fôr offendido.

Art. 7.° Não póde ser accusado:

1.° O menor de 14 annos, e o demente;

2.° Os membros das assembléas geral e provinciaes pelos discursos ahi proferidos;

3.° O advogado pelas allegações que produzir em defeza da causa, ficando comtudo sujeito á advertencia ou correcção disciplinar, quando exceder-se.

Art. 8.° Do despacho pelo qual o juiz não admitte o accusador ha aggravo para o juiz immediatamente superior; e daquelle pelo qual não recebe a accusação nos casos do art. 5.°, ha aggravo para o jury.

Art. 9.° O accusador é presumido sempre achar-se presente ás audiencias, não sendo o réo obrigado á notifical-o de qualquer termo do processo: salvo

aquelles em que fôr por lei expressamente exigida essa formula.

Art. 10. Sendo menor o accusado, o juiz lhe nomeará advogado e solicitador, que o defendam e assistam em juizo, em todos os termos do processo.

## CAPITULO III

### DA CITAÇÃO

Art. 11. A accusação começa pela citação do accusado, esteja elle solto ou preso.

Art. 12. Requerida a citação ao juiz pela parte accusadora este só a ordenará á vista do libello, e quando se reconheça legitimo e competente para conhecer do processo.

Art. 13. Da decisão pela qual o juiz se reconhece illegitimo e incompetente para ordenar a citação, ha aggravo para o tribunal immediatamente superior.

Art. 14. A citação deve ser feita por mandado e quando o accusado não estiver no lugar da jurisdicção, por precatoria dirigida ao juiz do lugar onde se ache.

Art. 15. O mandato deve conter :

1.° O nome do accusador e o motivo da accusação.

2.° O nome do accusado e todas as circumstancias conhecidas que possam certificar sua identidade.

3.° O juizo da accusação, o lugar, dia e hora da audiencia em que deve comparecer.

4.° A obrigação para o accusado de se declarar notificado e comparecer sob pena de desobediencia.

Art. 16. Na precatoria o prazo para o comparecimento será contado desde o dia que fôr publicada a citação ; e arbitrado conforme a distancia.

Art. 17. O accusado recebendo a citação, que lhe será intimada pelo official executor, fará abaixo do mandado a declaração de ficar notificado, especificando o dia, hora e lugar. Si não souber escrever assignará de cruz a declaração feita a seu pedido por qualquer pessoa, que não seja auxiliar do juizo.

Art. 18. Recusando-se o accusado a fazer a declaração, o executor deverá coagil-o a acompanhal-o até á presença de duas testemunhas insuspeitas, perante as quaes lavrará o termo de notificação, que ellas assignarão sob pena de desobediencia.

Art. 19. De cada mandado de citação lavrará o escrivão dous exemplares rubricados pelo juiz. Em um, destinado ao juizo fará o accusado sua declaração, no outro, que ficará em poder do accusado, o executor reproduzirá essa declaração.

Art. 20. A primeira citação abrange todos os termos do processo de accusação até pronuncia definitiva : sendo o accusado por effeito della presumido achar-se presente em juizo, durante toda a instancia.

## CAPITULO IV

### DO LIBELLO

Art. 21. No libello deduzirá a parte accusadora, em artigos claros e succintos, o facto criminoso com suas circumstancias e as disposições da lei penal applicaveis ao caso.

Art. 22. Devem acompanhar o libello o auto de corpo de delicto quando houver; as provas documentaes do facto, e o rol das testemunhas habeis para depôr, com designação das particularidades conhecidas que certifiquem sua identidade.

Art. 23. Não será admittido o libello: — 1.°, que não contiver o nome do accusado certo e determinado; 2.°, que não articular um facto claro e preciso; 3.°, que não indicar o gráo da pena, estabelecida por lei.

Art. 24. Do despacho que não admitte o libello, ha recurso para o juiz immediatamente superior; não podendo porém o accusado intervir nesse recurso.

Art. 25. Admittido o libello, pelo despacho em que se ordena a citação, o escrivão dará delle e das peças que o acompanham uma cópia ao accusado logo que elle a exigir, ou o franqueará a exame no cartorio.

Art. 26. Na mesma audiencia para que fôr o réo citado a parte accusadora deverá produzir a prova do libello, sob pena de ficar sem effeito a citação. Poderá comtudo ser a citação renovada na mesma audiencia para a seguinte, independente de novo mandado e por intimação verbal do escrivão.

## CAPITULO V

### DAS EXCEPÇÕES

Art. 27. No termo de cinco dias contados da citação, póde o accusado oppor conjunctamente as excepções que tiver para illidir a accusação.

Art. 28. São admissiveis no processo criminal as seguintes excepções:

1.ª De cousa julgada.

2.ª De prescripção.

3.ª De illegitimidade do juizo.

4.ª De incompetencia do fôro.

5.ª De suspeição.

6.ª De não identidade do accusado.

7.ª De incompetencia do accusador.

Art. 29. Estas excepções devem ser logo produzidas com a respectiva prova, si a houver ou com a menção della e o rol das testemunhas que possam depôr sobre o facto.

Art. 30. Parecendo ao juiz que não são concludentes os fundamentos, deve declaral-a improcedente. No caso contrario ouvirá a outra parte no prazo de tres dias, e á vista da prova decidirá.

Art. 31. Quanto á suspeição si o juiz a reconhecer, transmittirá no prazo de 24 horas o feito ao substituto que deve proseguir nelle: si não reconhecer, apresentará em tres dias sua contestação ao juiz da suspeição.

Art. 32. Da decisão preliminar que julga improcedente a excepção e da final que a julga não provada, ha recurso para o juiz immediatamente superior. Exceptua-se o caso da suspeição posta na formação da culpa.

Art. 33. O juiz da accusação ou formação da culpa, que fôr dado por suspeito, não reconhecendo a suspeição, poderá proseguir na causa, durante o julgamento da excepção pelo juiz competente.

Art. 34. As excepções de cousa julgada, prescripção, e illegitimidade do juizo são de ordem publica; podem ser oppostas como excepções em qualquer tempo e instancia, e suspendem o termo do processo, durante sua discussão e julgamento. O tribunal superior chamado á conhecer do feito ainda mesmo incidentemente

é obrigado á pronuncial-as, sob pena de responsabilidade.

Art. 35. As outras excepções não sendo oppostas nos cinco dias depois da citação, constituem materia geral de defeza e só podem ser allegadas nos termos regulares do processo.

## CAPITULO VI

### DA CONTRARIEDADE

Art. 36. Não havendo excepção ou não recebida ella, apresentará o accusado em juizo sua contrariedade ao libello; no 1.° caso dentro dos cinco dias contados da citação; no 2.° caso dentro de 48 horas da publicação do despacho.

Art. 37. Devem acompanhar a contrariedade as provas documentaes que lhe sirvam de base, e o rol das testemunhas da defeza.

Art. 38. Para a contrariedade não se dará vista ao accusado; devendo porém o escrivão facultar-lhe o exame dos autos, e extrahir em tres dias os traslados necessarios á defeza.

Art. 39. Si no quinquennio o réo não apresentar em juizo sua contrariedade, ou excepção que o releve da accusação proseguirá esta seus termos.

Art. 40. No caso de se renovar a citação (art. 23), é permittido ao réo apresentar logo sua contrariedade

e produzir a prova na mesma audiencia para que fôr novamente intimado, independente de qualquer notificação ao accusador.

Art. 41. A prova da contrariedade deve ser produzida na mesma audiencia em que fôr ella apresentada, sob pena de encerrar-se o processo da accusação e serem os autos conclusos ao julgamento.

Art. 42. Provando o réo na mesma audiencia ou 24 horas depois a superveniencia de um caso de força maior que impedisse a producção da contrariedade o sua prova no prazo legal, o juiz prorogará a accusação por mais cinco dias, baixando os autos ao cartorio si já estiverem conclusos.

## CAPITULO VII

### DAS PROVAS

Art. 43. A lei reconhece duas especies de provas: a prova directa que versa sobre o proprio facto, e a prova indirecta que procede por inducção e constitue a presumpção.

Art. 44. A prova directa é immediata quando se refere ao facto em si, e circumstancial quando se refere aos accidentes que precederam e acompanharam o facto. A prova circumstancial só prevalece em falta absoluta ou defficiencia da prova immediata.

Art. 45. A presumpção resulta de um facto havido como certo, ou de um direito reconhecido por lei. A presumpção de direito é absoluta, quando a lei não admitte prova em contrario; e relativa, quando póde ser elidida, como a presumpção de facto, por outra qualquer prova.

Art. 46. Simples indicios não constituem prova em materia crime e devem ceder sempre á presumpção de innocencia do accusado.

Art. 47. No processo crime admittem-se os seguintes meios probatorios:

1.° Interrogatorio.
2.° Testemunho.
3.° Informação.
4.° Documentos.
5.° Vestigios e exames.

## SECÇÃO II

*Do interrogatorio*

Art. 48. O interrogatorio é o primeiro acto probatorio a que o juiz ha de proceder, mandando se fôr preciso conduzir o accusado á audiencia pelo official executor, quando se recuse comparecer.

Art. 49. O accusado no acto do interrogatario não será juramentado e deve estar livre de qualquer coacção. O juiz que dirigir perguntas cavilosas e suasivas, e fizer promessas ou ameaças incorre em responsabilidade : e o interrogatorio será nullo.

Art. 50. Começará o interrogatorio pelas perguntas usuaes sobre o nome, idade, naturalidade, filiação, estado, profissão, residencia e antecedentes. Depois será perguntado sobre o lugar onde se achava ao tempo do delicto ; o conhecimento que tem das testemunhas ; e finalmente sobre o facto e suas circumstancias constantes do libello.

Art. 51. Cada resposta será logo ditada ao escrivão pelo proprio accusado, e não o fazendo pelo juiz, que

a mandará escrever si não houver reclamação do respondente.

Art. 52. O interrogatorio não se fará em presença das testemunhas ; e havendo dous ou mais accusados serão interrogados separadamente.

Art. 53. No caso de divergencia, serão os accusados acareados entre si, ou com as testemunhas ; versando porém o novo interrogatorio unicamente sobre o ponto da divergencia.

Art. 54. No acto do interrogatorio podem o ministerio publico e privado requerer ao juiz qualquer pergunta, que tenha relação com o libello e a contrariedade.

Art. 55. Terminado o interrogatorio e de novo lido ao interrogado, será por este assignado, e rubricado pelo juiz ; pelo ministerio publico e pelo ministerio privado. Não sabendo aquelle escrever assignará de cruz.

Art. 56. A confissão do réo feita espontaneamente em juizo competente coincidindo com as circumstancias do facto, prova o delicto, mais no caso de morte só póde sujeital-o á pena immediata, quando não haja outra prova.

## SECÇÃO III

*Das testemunhas*

Art. 57. Podem ser testemunhas as pessoas maiores, no pleno gozo de suas faculdades mentaes.

Exceptuam-se :

1.° Os parentes até o 4.° gráo e affins até o 2.°

§ 2.° O inimigo capital, o denunciante e a pessoa directamente offendida pelo crime.

§ 3.° O preso e o individuo que se achar sob qualquer coacção physica ou moral.

Art. 58. O sacerdote, advogado, medico, parteira, pharmaceutico e enfermeiro não serão obrigados á revelar o que lhes fôr communicado em razão de seu officio e sob a clausula do segredo ; mas devem comparecer em juizo para depôr sobre o mais que souberem.

Art. 59. As testemunhas devem ser juramentadas segundo sua religião, salvo não admittindo esta o juramento. A falta desta solemnidade annulla o depoi-

mento, e essa falta se presume desde que omittir-se a expressa menção no auto.

Art. 60. Depois das perguntas do estylo o juiz mandará ler artigo por artigo a allegação que estiver em prova ; e deixará que a testemunha refira quanto souber á respeito do facto.

Art. 61. Só no caso de não poder a testemunha expôr o que souber, o juiz lhe dirigirá perguntas ; incorrendo em responsabilidade se as perguntas forem capciosas ou sujestivas. A inquirição deve ser publica, não podendo a ella assistir as outras testemunhas.

Art. 62. As testemunhas são obrigadas nos seus depoimentos : 1.° a declararem á razão por que sabem o que depoem ; 2.° a mencionarem as pessoas que estavam presentes, ou aquellas de quem ouviram ; 3.° a referirem todas e quaesquer circumstancias que tenham relação com o crime e seu autor.

Art. 63. Os depoimentos serão dictados ao escrivão pela testemunha ; não o fazendo ella, pelo juiz. Estes depoimentos serão rubricados pelo juiz ; ministerio publico e privado, e assignado pela testemunha e escrivão.

Art. 64. Quando as testemunhas discordarem sobre as circumstancias importantes do crime, poderá o juiz acareal-as, si entender conveniente.

Art. 65. As testemunhas serão notificadas 24 horas antes da audiencia em que devem comparecer, pena de nullidade da intimação. Deixando porém de comparecer quando legalmente notificadas, serão processadas por desobediencia.

Art. 66. Aos ministros, conselheiros de estado, senadores, deputados, presidentes, dentro da provincia e conselheiros de justiça, desembargadores; ás mulheres desses funccionarios e aos enfermos; o juiz tomará o depoimento em suas casas, previnindo-os com antecedencia; salvo quanto aos conselheiros de justiça e desembargadores quando o processo se ferir no respectivo tribunal.

Art. 67. Aos estrangeiros que não fallem correntemente a lingua nacional, se dará interprete. Os surdos mudos que souberem ler deporão por escripto.

Art. 68. Havendo alguma testemunha de ausentar-se, ou receiando-se por sua idade avançada e estado valetudinario que não exista ao tempo da prova; poderá seu depoimento ser tomado previamente e antes mesmo de instaurado o processo com citação da parte contraria.

Art. 69. Existindo em lugar diverso do fôro da causa testemunhas que devam depôr, far-se-ha a inquirição por precatoria, com citação da parte contraria.

Art. 70. As testemunhas ficam obrigadas por espaço de um anno á communicarem ao juizo qualquer mudança de residencia, sob pena de desobediencia.

Para este effeito serão intimados pelo escrivão quando acabarem de depôr.

## SECÇÃO IV

*Dos informantes*

Art. 71. São informantes todos os individuos que sabem do facto e não tem capacidade legal para depôr.

A informação do filho contra o pai e mãi se conservará em segredo até a pronuncia, mas della se dará conhecimento ao accusado para sua defeza.

Art. 72. Os informantes serão notificados da mesma fórma que as testemunhas, sob a pena de desobediencia. Nas suas declarações se observará o que está disposto a respeito dos depoimentos.

Art. 73. Não se deferirá juramento aos informantes, nem serão elles acareados com o accusado e as testemunhas.

## SECÇÃO V

*Dos documentos*

Art. 74. As escripturas publicas e authenticas produzem em materia crime para o juiz como para os jurados uma presumpção de direito que só póde ser destruida pela prova de sua falsidade.

Art. 75. Os documentos particulares terão em materia crime o valor que merecerem por sua natureza e importancia, segundo a apreciação dos juizes de facto ou de direito.

Art. 76. As cartas particulares e papeis reservados só poderão ser exhibidos em juizo com o consentimento de seus autores e depositarios; salvo provando contra os mesmos.

Art. 77. Ainda no caso de provarem contra seus autores e depositarios, as cartas e papeis reservados sómente serão produzidos como provas, quando já conste em juizo por outros meios de prova a existencia do crime: e guardadas as formalidades proscriptas na lei policial para sua apprehensão.

Art. 78. Dessa especie de documentos se juntará aos autos unicamente a parte concernente ao facto. O escrivão extrahirá essa parte por cópia rubricada pelo juiz e assignada pelos interessados.

## SECÇÃO VI

*Dos vestigios e exames*

Art. 79. São vestigios do crime, não só seus effeitos naturaes sobre as pessoas o as cousas, como os instrumentos e quaesquer objectos que attestem a existencia do facto.

Art. 80. Esses vestigios devem ser authenticados em presença da competente autoridade policial ; por pessoas habilitadas e profissionaes, a quem se deferirá juramento.

Art. 81. Os autos de exame fazem prova plena para todos os tribunaes, com excepção do jury, que os apreciará em consciencia.

## CAPITULO VIII

### DA PRONUNCIA

Art. 82. Produzida em juizo a prova por uma e outra parte, ou effectuado o lançamento nos casos indicados, terá lugar na mesma ou na seguinte audiencia o encerramento da accusação e pronuncia.

Art. 83. Antes de proferir e de pronunciar o despacho o juiz dará a palavra ao ministerio publico e privado se a pedirem para a contestação das testemunhas. Nenhum poderá fallar mais de uma hora.

Art. 84. Concluido o debate o juiz, em acto seguido, escreverá seu despacho, decidindo conforme o provado si ha ou não materia para julgamento.

Art. 85. Si entender que não ha materia para julgamento, deve declarar improcedente a accusação e o accusado livre da culpa; condemnando o accusador nas custas.

Art. 86. Entendendo ao contrario que ha materia para julgamento, deve declarar procedente a accusação, pronunciando o réo, como incurso no Codigo Penal, cujo artigo citará, e condemnando-o nas custas.

Art. 87. São effeitos da pronuncia:

1.° Obrigar o réo ao julgamento.

2.° Sujeital-o á prisão, salvo o recurso da fiança.

3.° Suspender-lhe o exercicio dos direitos politicos.

4.° Estabelecer hypotheca legal sobre os bens do réo, para o effeito da satisfação e multas.

Art. 88. Decretada a pronuncia e não estando o réo afiançado, o escrivão expedirá no prazo de uma hora requisitorio do juiz á autoridade policial para effectuar a prisão.

Art. 89. O despacho de pronuncia deve ser proferido quinze dias depois de apresentado o libello, e só por motivo de força maior póde ser adiado, ficando o juiz obrigado a especificar e provar esse motivo no seu despacho, pena de responsabilidade.

Art. 90. Estando o réo preso, e não sendo a pronuncia proferida dentro dos quinze dias, terá elle direito de obter fiança, si o crime fôr inafiançavel, e de ser restituido á liberdade, si o crime fôr afiançavel.

. . . . . .

# DO ESTADO CIVIL

# TITULO PRELIMINAR

## DO ESTADO CIVIL

### *Noção — Divisão*

1. Estado civil é a esphera em que a lei traçou as relações individuaes.

2. Pessoa designa a representação do homem no estado civil. Só a pessoa é susceptivel de direitos individuaes.

3. O estado civil se divide em

Estado domestico.

Estado social.

4. Estado domestico abrange as relações individuaes entre as pessoas da familia.

social

5. Estado civil comprehende todas as relações individuaes sem connexão com a idéa de familia.

6. Os direitos da pessoa podem ser exercidos indirectamente:

1. Pelo ministerio privado.

2. Pelo ministerio publico.

7. O ministerio privado é instituido pela vontade das partes; o ministerio publico será organisado pela lei do processo.

## CAPITULO I

### DA LEI CIVIL

1. A lei civil só obriga depois de sua promulgação judicial.

2. A promulgação judicial se fará no tribunal de 2.ª instancia de cada districto.

3. Nenhuma lei será promulgada sem que expressamente declare:

I. Quaes as disposições deste codigo derrogadas ou additadas.

II. O lugar onde se devam inserir as novas disposições.

4. A lei civil depois de promulgada vigora até a promulgação da lei que a derrogar: e não caduca por desuso.

5. O direito adquirido até o dia completo da promulgação da nova lei, subsiste e rege-se pela lei anterior.

6. Só o poder judiciario é competente para applicar a lei civil e dar-lhe interpretação doutrinaria.

7. Nenhum juiz sob pena de responsabilidade, poderá :

I. Deixar de julgar por omissão da lei.

II. Fundar sua decisão em acto do poder executivo, lei estrangeira ou doutrina de escriptor.

III. Applicar lei inconstitucional.

8. A lei civil brazileira rege dentro e fóra do Imperio entre nacionaes e estrangeiros, as relações individuaes que se formam sob o seu dominio.

9. Estão sob o dominio da lei do domicilio os actos relativos ao *direito de existencia :* da lei do fôro, os actos relativos ao *direito de liberdade ;* da lei da situação, os actos relativos ao *direito de propriedade.*

## CAPITULO II

### DOS DIREITOS CIVIS

#### SECÇÃO I

#### *Noções Geraes*

1. Os direitos originarios das pessoas são:

Existencia.

Liberdade.

Propriedade.

2. Esses direitos são perpetuos e intransferiveis.

Elles acompanham o homem desde sua concepção até o encerramento da successão depois de morto.

3. A esses direitos corresponde o dever do Estado de garantil-os na sua integridade, não só contra as leis futuras como contra o abuso do proprio individuo.

4. As diversas applicações dos direitos originarios constituem os direitos adquiridos, que sómente se consideram taes, depois de apprehendidos e exercidos.

5. Os direitos adquiridos se distinguem em

Direitos absolutos.

Direitos relativos.

6. O direito relativo depende para sua consummação de vontade estranha. Corresponde-lhe o vinculo nominal (individual) da *obrigação*.

7. O direito absoluto é facto consummado, corresponde-lhe o vinculo geral (anonymo) da *inviolabilidade*.

8. A perturbação do direito relativo constitue uma infracção: a do direito absoluto um crime.

9. Toda a obrigação se resolve em dinheiro. O sujeito della, titular do direito, chama-se *credor*; o paciente *devedor*.

10. Não ha direito real. Todo o direito é pessoal, porque todo elle recahe sobre uma pessoa, embora tenha por objecto uma cousa.

11. O objecto do direito é sempre uma cousa seja ella corporea ou incorporea. Neste sentido todo o direito é real.

SECÇÃO II

*Das condições dos direitos*

12. Os direitos civis estão sujeitos a tres condições: 1.ª, modo; 2.ª, tempo; 3.ª, lugar.

13. (Modo.) O modo é a fórma legal do direito.

14. Elle é substancial, ou accidental. A fórma substancial é a que a lei positivamente exige; e a fórma accidental a que a lei permitte ou tolera.

15. Tudo quanto não é expressamente prohibido por lei entende-se permittido no direito civil.

16. (Tempo.) O tempo conta-se pelo calendario gregoriano.

17. Dia civil corresponde ao astronomico; e é o espaço que decorre de meia noite a meia noite. Comprehende 24 horas.

18. Noite é o espaço que vai do escurecer ao amanhecer; e divide-se em duas partes uma que pertence, ao dia anterior outra ao posterior.

19. Mez é em geral o espaço de 30 dias; salvo quando se precisar o termo, porque então deve recahir no mesmo dia, embora abranja 31 dias.

20. Anno é o espaço de 365 dias, salvo quando se datar de certo anno, porque então deve recahir no mesmo dia do seguinte, embora seja bissexto aquelle.

21. (Lugar.) Em relação a existencia da pessoa o lugar chama-se — *domicilio*. Em relação á *liberdade*— fôro; em relação á propriedade — *situação*.

22. Dentro ou fóra do Imperio, onde fôr o lugar de cada um direito será elle regido pela lei territorial.

## CAPITULO III

### DO REGISTRO CIVIL

1. Haverá um registro publico.

2. Todos os factos da vida civil de que resultem direitos e obrigações, devem ser inscriptos no registro publico.

3. Só depois de effectuar essa inscripção, começa a existencia legal do facto, e poderá ser produzido em juizo ou havido como verdadeiro.

4. No caso de omissão no registro de qualquer facto em tempo competente, póde supprir-se por meio de uma acção e depois de sentença passada em julgado.

5. O registro se dividirá em tres livros: 1.° da existencia, destinado para os nascimentos e obitos; 2.° o da propriedade, destinado para o cadastro dos bens; 3.° o da liberdade, destinado para o registro dos actos e contractos.

. . . . . .

# TITULO I

## DAS PESSOAS

### CAPITULO I

#### DO MODO DA EXISTENCIA

1. Pessoa é a representação civil dos direitos do homem.

2. Pessoa natural é o homem, o qual se considera :

I. Pessoa actual — desde o instante de seu nascimento até o de seu fallecimento.

II. Pessoa futura — desde o momento da concepção até o do nascimento.

III. Pessoa posthuma — depois do fallecimento.

IV. Pessoa provavel — antes de concebido.

V. Pessoas privilegiadas — o marido da Imperatriz, a mulher do Imperador.

3. Pessoa moral é qualquer entidade creada ou autorisada por lei : e considera-se :

I. Pessoa publica — quando instituida pelo poder politico, para o bem geral.

II. Pessoa privada — quando instituida por convenção das partes.

4. São pessoas moraes publicas :

I — O Estado.

II — A corôa.

III — A igreja.

IV — A provincia.

V — A municipalidade.

5. As pessoas moraes privadas são creadas pela lei civil ; mas só gozam dos direitos que lhe são expressamente conferidos no acto de sua instituição.

6. As pessoas moraes publicas são creadas pela lei politica que lhe confere os seus respectivos direitos. A sua formação é extranha ao direito civil.

## CAPITULO II

### DO TEMPO DA EXISTENCIA

### *A. Principio da existencia*

(PESSOA NATURAL)

1. O nascimento de qualquer pessoa deve ser inscripto no registro civil da respectiva freguezia no prazo legal.

2. Para esse effeito o dono da casa, onde tiver lugar o parto, o medico, parteira ou qualquer pessoa que a elle assista é obrigado á escrever o termo do nascimento, immediatamente depois.

3. O termo deve ser assignado por duas testemunhas, a mãi, e o pai, si estiver presente: e levado ao registro civil no prazo de 24 horas. Si a séde do registro distar mais de uma legua, o prazo será de 15

dias ; e de 30 si distar mais de 5 leguas. Nestes casos porém a pessoa que escrever a declaração é obrigada a apresental-a, para ser visada, á mais proxima autoridade policial.

4. Não havendo quem saiba escrever poderá recorrer-se ao juiz de paz, ao vigario, autoridades policiaes e qualquer vizinho, os quaes são obrigados a isso se prestarem sob as penas da lei.

5. A pessoa que achar um exposto, deve fazer immediatamente a respectiva declaração, que será lavrada e inscripta no registro civil pela fórma estabelecida.

6. A declaração do nascimento deve conter :

I A hora, mez, anno e lugar do nascimento, ou achado.

II O sexo, nome, naturalidade, filiação e domicilio do recem-nascido.

III A idade provavel da criança quando exposta.

7. Si o nascimento tiver lugar á bordo ou no acampamento de um exercito, a declaração do nascimento se escreverá no livro de bordo ou no diario do exercito; si fôr em paiz estrangeiro, no respectivo registro ou no registro consular. Deve porém esse assento ser inscripto no registro do domicilio no prazo de um anno, salvo impossibilidade absoluta.

8. Na falta de assento, se provará o nascimento pela certidão ecclesiastica do baptismo, ou por justificação contenciosa.

9. O nascimento dos membros da familia imperial, como pessoas civis, será inscripto pelo mordomo no registro civil, de conformidade com os termos lavrados na fórma da Constituição.

10. Quando o nascimento fôr de gemeos se considerará mais velho o que primeiro vier á luz.

11. Considera-se vividoura, toda a criança que sobreviver ao parto 24 horas ; salvo se perecer por motivo de um accidente.

12. A pessoa futura, é presumida começar á existir até dez mezes antes do dia do nascimento.

13. A pessoa provavel desde o dia em que se presumir sua existencia.

14. O acto em que se basêa essa prescripção de sua existencia será inscripto no registro civil.

15. Qualquer interessado póde fazer a inscripção no registro da existencia de uma pessoa futura que se supponha dever nascer em um prazo dado.

16. Si no prazo dado nascer a pessoa, serão admittidos á contestar a identidade da mesma todos os interessados.

17. A pessoa posthuma começa á existir desde o fallecimento da pessoa actual a quem succede.

( PESSOA LEGAL )

18. A pessoa legal publica começa a existir desde a sua instituição official.

19. A pessoa legal privada começa a existir desde o momento da inscripção do seu estatuto e acta da sua installação. Até esse momento quaesquer actos praticados em seu nome, são actos singulares dos individuos que os praticarem.

20. As corporações de mão-morta, instituições pias, conventos, igrejas e quaesquer outras pessoas moraes, não se considerarão pessoas civis emquanto como tal não se inscreverem no registro civil, á vista do estatuto, lei, ou acto do governo que as autorisou.

B. *Fim de existencia*

( PESSOA NATURAL )

21. O fallecimento de qualquer pessoa será inscripto no registro civil, pela mesma fórma que o nascimento.

22. Esse assento deve conter :

I. Hora, dia, mez, anno e lugar.

II. Nome, filiação, naturalidade, domicilio, residencia.

III. Individuação de familia conhecida.

IV. Declaração de identidade, em relação a quaesquer outros assentos de nascimento ou casamento.

23. Qualquer pessoa da casa onde alguem fallecer, ou qualquer autoridade policial que tenha noticia de algum fallecimento, é obrigada a fazer o respectivo assento á vista de certidão de medico, quando haja.

24. Para as pessoas que fallecerem á bordo, em acampamentos ou no estrangeiro, vigoram as disposições do artigo relativas ao registro do nascimento.

25. Presume-se o fallecimento da pessoa actual pelo desapparecimento ; e este tem lugar : 1.° quando não ha noticia da pessoa ausente a cinco annos ; 2.° quando o individuo, achando-se envolvido em uma catastrophe commum, não apparecer no prazo razoavelmente necessario para voltar á sua habitação anterior, e não haja noticia delle.

26. Extingue-se a pessoa futura, no dia do nascimento da pessoa actual que lhe succede ; ou no fim dos dez mezes legaes.

27. Extingue-se a pessoa provavel, quando cessarem as condições de probabilidade em que se fundava a sua existencia.

28. O fim da pessoa futura ou provavel deve ser registrado.

29. Extingue-se a pessoa posthuma, quando todos os seus direitos de pessoa actual forem transferidos aos herdeiros ou successores, ou quando cessar o fim para que foi creada.

30. As pessoas moraes privadas se extinguem quando termina o prazo legal da sua creação, ou quando forem dissolvidas por acto publico ou privado.

31. A extincção deve ser registrada no registro civil.

## CAPITULO III

### DO LUGAR DA EXISTENCIA

1. O lugar da existencia civil é o domicilio; o lugar onde mora temporariamente a pessoa é a residencia; e onde esteja de passagem é a habitação.

2. Considera-se morando definitivamente em um lugar o individuo que como tal se fizer inscrever no registro civil do municipio.

3. Emquanto o individuo não se domiciliar em um lugar é considerado simplesmente como residente, qualquer que seja o tempo de demora.

4. Toda a pessoa nasce no domicilio da familia e vive nelle emquanto não toma outro por acto proprio, quando estiver no gozo de seus direitos.

5. Ninguem póde ter mais que um domicilio, uma residencia e uma morada, pelo facto de adquerir o novo perde-se implicitamente o antigo.

6. As pessoas futuras e provaveis tem o domicilio da familia; a posthuma continúa o domicilio que tinha a pessoa actual a que succede.

7. As pessoas moraes tem o domicilio na séde que lhe fôr marcada por lei ou estatuto.

8. A pessoa é considerada ausente do domicilio, quando não houver noticia della durante cinco annos.

# TITUTO II

## DA LIBERDADE

## CAPITULO I

### DO MODO

1. A liberdade do homem se exerce:

(a) — Por acto.

(b) — Por contracto.

*a* (Acto)

2. Acto é todo o facto humano ou seja de movimento, *acção*, ou de inercia — *inacção*.

3. O acto, em relação ao seu agente, é imputavel ou não imputavel.

4. Imputação é a intenção de praticar um acto certo e determinado. E' total e parcial.

5. Não têm imputação os actos praticados: 1.°, pelos interdictos; 2.°, pelos coactos por força maior.

6. Tem imputação parcial os actos praticados: 1.°, pelos incapazes; 2.°, pelos induzidos em erro.

7. O erro provém da ignorancia absoluta ou da ignorancia relativa.

8. Licito é o acto que se conforma com a lei; e illicito o que a infringe. O acto illicito se distingue em violação e crime.

9. Violação é a offensa de um direito individual sem ataque á lei, crime é a offensa do direito com ataque a lei. O crime deve ser expressamente definido.

10. A falta de imputação torna o acto impessoal; o agente soffre o prejuizo ou aufere o beneficio delle como de um facto de natureza physica A imputação torna o acto pessoal e o agente além do beneficio ou prejuizo resultante, tem responsabilidade.

*b* (Do contracto)

11. Contracto é o facto humano resultante do accordo entre duas ou mais pessôas.

12. O contracto não vale senão dentro da lei; e constitue lei privada para os contractantes.

13. Não é licito contractar senão a respeito dos direitos relativos da pessoa, e nunca sobre os direitos absolutos; tudo quanto póde ser objecto daquelles, póde ser do contracto.

14. Não podem contractar por si mesmo os interdictos; e os incapazes, só nas condições estabelecidas na lei especial de cada contracto.

15. Emquanto a estipulação das partes, não é reduzida á escripto vale como simples promessa; e emquanto não fôr registrada não produz seus effeitos juridicos.

16. Registrado o titulo do contracto está elle perfeito e produz todos os effeitos juridicos independente de tradição.

17. Os contractos que não excedam de 500$000 poderão effectuar-se verbalmente; mas nesse caso todos os effeitos provenientes da posse são respeitados.

18. A promessa de contracto obriga a parte remissa a realisar o contracto, mas antes disso o contracto é tido como não existente; e a parte livre de dispôr de sua vontade, salvo a responsabilidade em que incorre.

## CAPITULO II

### DO TEMPO

1. O exercicio da liberdade civil começa na puberdade, aos quatorze annos para o homem e aos doze para a mulher.

2. Sómente se torna pleno o exercicio da liberdade, com a maioridade, que será aos vinte e um annos.

3. O exercicio da liberdade, ainda mesmo depois da maioridade, suspende-se completamente nos enfermos e, relativamente, nos filhos familias, nos prodigos e incapazes.

4. As pessoas naturaes, futuras, posthumas e provaveis, bem como todas as pessoas moraes, não exercem a liberdade senão por seus legitimos representantes.

5. As pessoas que não exercem sua liberdade são havidas por interdictas ; e aquellas que exercem uma liberdade limitada por incapazes.

6. O exercicio da liberdade uma vez assumido não se suspende senão em virtude de sentença, registrada no livro da existencia ; e só se extingue pelo fallecimento.

7. Nenhuma pessoa póde entrar no gozo e exercicio de sua liberdade sem fazer-se inscrever no registro publico.

8. Os interdictos e os incapazes tem representantes legaes de sua liberdade e são :

Tutores.

Curadores.

Ministerio publico.

## CAPITULO III

### DO LUGAR

1. A pessoa exerce sua liberdade não sómente no seu domicilio, como em qualquer outro lugar onde se ache actualmente ou se faça representar.

2. As pessoas absolutamente privadas do exercicio da liberdade, como os impuberes e alienados, são considerados interdictas.

3. As pessoas privadas do pleno uso de liberdade, como os prodigos, os maiores não emancipados, os presos e os enfermos, são havidos por incapazes.

4. A séde actual da pessoa fóra de seu domicilio póde ser :

A residencia.

A morada, habitação

Transito.

5. Residencia é o lugar onde a pessoa tem permanecido e habitado continuamente por espaço de dous annos.

6. Morada é o lugar onde a pessoa tem habitado por espaço nunca menor de seis mezes.

7. Transito é o lugar onde a pessoa se acha de passagem, por espaço nunca maior de seis mezes.

8. O lugar onde a pessoa exerce a sua liberdade por procuração, se chama fôro.

9. A pessoa tem o direito de se fazer representar por outra em qualquer lugar, e nesse é considerada presente para todos os effeitos civeis que não forem essencialmente pessoaes.

10. Responsabilidade é a situação em que se acha collocada a pessoa de supportar as consequencia de seu acto. A responsabilidade nos actos de total imputação é ampla ; nos actos de imputação limitada é proporcional.

11. O agente do acto licito não imputavel soffre o prejuizo de seu acto.

# TITULO III

## DA PROPRIEDADE

## CAPITULO I

### DOS MODOS DA PROPIEDADE

1. O direito de propriedade comprehende quatro direitos:

(a) Dominio;

(b) Posse;

(c) Uso;

(d) Fruição.

2. Quando todos os direitos proprietarios se acham reunidos em uma só pessoa, a propriedade diz-se perfeita; quando porém se acham repartidos por varias pessoas, a propriedade é imperfeita.

3. As parcellas que se destacam de cada um direito proprietario constituem servidões. Estas se regulam pelos mesmos principios das outras fracções ou parcellas.

4. Todo o direito proprietario ou fracção delle deve ser registrado no registro da propriedade ; e prova-se unicamente com o extracto delle ; os direitos baseados sobre essa presumpção são bons, até que se julgue a propriedade por sentença registrada.

5. A causa material sobre que assenta a propriedade póde ser :

(a) Indivisivel ;

(b) Incerta ;

(c) Futura ;

*(a)* — Do dominio

6. Dominio é o direito consummado de acto material ; encerra a faculdade de reter ou abandonar a cousa. O portador desse direito chama-se *senhor*.

7. Sempre que se disputar a propriedade perfeita de uma cousa, e não se apresentar titulo della, presume-se residir no que tiver o de dominio.

8. O senhor da cousa, que tem dominio sobre ella, presume-se absorver todos os direitos.

*(b)* — Da posse

9. Posse é o direito de apprehender e reter a cousa em seu poder ; chama-se o titular desse direito posseiro, conservando-a em sua fórma e substancia.

10. O individuo que retem a cousa sem titulo de posse, é simplesmente detentor.

11. A cousa indivisivel é aquella que se não póde dividir sem destruir a substancia. Quando a sua propriedade couber a mais de uma pessoa, e que uma exigir sua parte, terá lugar a desapropriação. A cousa pertencerá a quem der maior preço ; ou será avaliada e vendida em hasta publica.

12. Cousa incerta é aquella que não foi discriminada entre outras da mesma especie e na falta é representada por seu valor em numerario.

13. Cousa futura é aquella que ainda não existe realmente ou ainda não existe no poder de certa e determinada pessoa. — E' representada pelo seu valor em numerario.

14. Toda a cousa material póde ser objecto de propriedade com excepção :

I. Corpo humano em vida.

II. Objectos sagrados.

III. As cousas communs.

IV. Dominio publico.

15. Do corpo humano exceptua-se as partes que podem ser delle separadas sem alteração de saude e offensa da integridade, como os cabellos o leite, etc.

16. Nos objectos sagrados não ha propriedade sobre os mesmos, mas a propriedade da materia delles continúa na pessoa á quem anteriormente pertencia.

17. As cousas communs são de uso universal; mas seu gozo póde tornar-se em certas condições uma condição inherente á propriedade como a luz, a agua, etc.

18. As cousas do dominio publico são de uso commum na fórma das leis; mas os fructos das mesmas e o producto resultante do uso póde constituir-se propriedade particular.

*(c)* — Do uso

19. Uso é o direito de extrahir da cousa a utilidade que ella póde dar sem consumir a sua substancia.

20. O uso póde ser:

Pleno.

Restricto.

21. Uso pleno é o direito de tirar da cousa toda a utilidade que ella possa dar ainda mesmo com alteração de sua fórma ou aptidão, comtanto que se não destrua a substancia.

22. Uso restricto é o direito de tirar da cousa sómente aquella utilidade habitual, sem alteração de fórma ou aptidão.

23. O uso póde se dividir tanto em relação á quantidade como em relação ao tempo.

24. Todas as vezes que não appareça o titulo da propriedade plena e nem do dominio ou da posse, o useiro é considerado proprietario.

*(d)* — Da fruição

25. Fruição é o direito de haver o fructo da cousa, e por fructo se entende sómente o que deriva da cousa e é capaz de a reproduzir. O portador desse direito chama-se fructuario.

26. Quando a propriedade de uma cousa é disputada, o fructuario é considerado proprietario quando não appareça senhor, posseiro, ou useiro com titulo.

27. A fruição como o uso, se póde dividir em relação á quantidade e ao tempo.

## CAPITULO II

### DO TEMPO DA PROPRIEDADE

### I. *Acquisição*

1. A propriedade se adquire:

(a) Pela occupação.

(b) Pela accessão.

(c) Pela successão.

(d) Pela permuta.

2. Occupação é o acto pelo qual a pessoa se emitte na propriedade de um objecto que a ninguem pertence. Podem ser occupadas: 1.°, as cousas communs; 2.°, os fructos e producções do dominio publico; 3.°, as cousas prescriptas.

3. Accessão é o acto pelo qual se faz crescer a propriedade aperfeiçoando a cousa ou dando-lhe fórma diversa. Só ha uma especie de accessão que é a pro-

ducção; o fructo não é accessão, porém uma condição de propriedade ou prorogação natural della.

4. Successão é o acto pelo qual os direitos de uma pessoa passam por morte della a outra. E' hereditaria e natural; quando devolvida em virtude do direito de herança: testamentaria quando se devolve em virtude de testamento.

5. Permuta é o acto pelo qual uma pessoa cede sua propriedade e recebe outra em compensação; a permuta se realisa por acto ou contracto.

### II. *Extincção*

6. Extingue-se a propriedade:

(a) Por partilhas.

(b) Por prescripção.

(c) Por consumo.

(d) Por permuta.

7. Partilha é o acto pelo qual se distribue e devolve aos successores a propriedade dos objectos pertencentes á uma pessoa posthuma.

8. Derelicto é o acto pelo qual o proprietario abandona a cousa e demitte-se do seu direito; póde dar-se por acto formal e chama-se abandono; ou por

lapso de tempo e chama-se prescripção. Para prescrever é necessario que o proprietario não tenha um titulo inscripto e nem o faça valer por espaço de um anno nas cousas minimas ; e de dez annos nas cousas maiores.

9. Consumo é a destruição da cousa ou por acto do homem ou por facto da natureza.

10. Permuta é o acto pelo qual uma pessoa se demitte de sua propriedade para receber outra : — acto, contracto.

## CAPITULO III

### DO LUGAR DA PROPRIEDADE

1. O lugar onde está o objecto da propriedade é a situação delle.

2. As cousas se presumem situadas no lugar: 1.° onde foram produzidas; 2.° do domicilio de seu proprietario; 3.° onde forem encontradas actualmente.

. . . . . .

. . . . . .

# CODIFICAÇÃO CIVIL

# INTRODUCÇÃO

A dualidade humana, a misteriosa adhesão do espirito e da materia, se reflecte na legislação, primeiro monumento da vida racional, da mesma fórma que em todas as obras do ser intelligente.

A lei tem, como o homem, corpo e alma.

Sempre que se trata de elaborar um codigo surgem logo duas questões magnas, a questão do systema e a questão da doutrina.

O systema é o corpo da lei com seu organismo, configuração e physionomia. A theoria é a alma da lei com seu espirito, indole e habitos.

Cada um destes elementos é essencial.

Si a falsa doutrina era a lei de vicios, o mau systema faz do codigo um aleijão; tanto é de temer a legislação que uberra no preceito, como aquella que manqueja na execução.

Ha espiritos para quem o systema é cousa secundaria, e reduz-se apenas á instrumento de analyse. Usam do methodo, como do compasso e esquadria, para medir e alinhavar as varias partes da obra, sem curar do plano. Comtanto que trabalhem toda a materia doutrinal, pouco lhes importa a ordem e gradação.

Não sejam esses, mestres nem legisladores ; a sua palavra jámais poderá funccionar como o orgão da verdade e justiça. Os mais sãos principios que emanem de sua intelligencia, avilarão como a semente que lançaram em mau fermento e adubo, secca o germen ou produz má planta.

Respeite-se no systema o reflexo da harmonia sublime e admiravel que preside a todo o mecanismo do universo. Deus em sua qualidade de supremo Creador é tambem o primeiro classificador ; ente algum por mais diminuto, sahiu de sua infinita vontade, que não trouxesse em si com a sua essencia, o indicativo da posição que occupa na serie das cousas.

Digam embora os materialistas que o systema é invento humano, produzido pela fraqueza de nossa intelligencia, incapaz de abraçar de um só lanço, todo um vasto complexo de idéas. Sem duvida essa

faculdade nos é necessaria, como muitas outras que formam o espirito humano ; mas foi a divindade em sua concepção, sublime que a poz em nossa intelligencia, como toda a natureza.

E' certo que as creações divinas se encontram confusas na superficie da terra ; mas esse travamento continuo e successivo dos seres é o movimento, é o universo em acção, é a vida. A ordem ahi fôra a inercia e a morte. Mas sob esse turbilhão de cousas que se travam e de factos que se precipitam, sente-se bem pronunciadas as articulações do admiravel systema que rege a creação.

Não foi o homem quem inventou a sublime divisão dos corpos, e extrahiu da materia bruta tão harmonioso equilibrio. Essa faculdade é divina ; e simultanea da creação ; o ente supremo tirando do nada os diversos corpos, em cada um delles instituiu um genero com suas especies, si o não fizesse não seria creador.

O homem apenas tem o dom da intuição dessa verdade divina do systema, como de qualquer outra verdade doutrinaria. Esse dom é o misterio da revelação na theologia ; é a sublimidade da razão ante o philosopho.

Como a doutrina da lei, que Deus creou para reger o homem, foi transmittida aos codigos da terra ?

Acaso a humanidade a achou em si, na razão universal, já consolidada e desenvolvida ?

Foi no torverlinho de individuos revolvidos pelas paixões, na vertigem de factos gerados a cada instante pela actividade incessante da liberdade humana, que a razão, observando a vida real e acrisolando-a na consciencia, discriminou, pouco a pouco, entre mil circumstancias varias, o justo do injusto. Muitos seculos se consumiram antes que alguns espiritos superiores colligissem essas observações esparsas, para as communicar aos povos, como sacerdotes, como philosophos e afinal, como legisladores. Muitas idades são já decorridas depois e ainda hoje não está escripta na legislação humana a verdadeira lei social.

E porque essa lei não se revelou instantaneamente á razão, mas surgiu lenta e gradualmente da successão confusa dos factos, se dirá que ella não tem uma origem divina, porém que é um invento humano produzido pela necessidade de estabelecer aos induviduos associados uma norma de acção ?

Como a verdadeira doutrina surge tambem á intelligencia o verdadeiro systema a que o Creador submetteu todas as cousas. Este é o fio conductor que vai guiando o pensamento no dedalo dos factos e observações, e nos insinua nos sublimes arcanos da natureza.

Quando o homem projecta sua alma sobre uma porção qualquer da creação, vegetação, por exemplo, os sentidos se deleitam no aspecto vario que ella apresenta, mas o espirito apenas provocado separa os varios objectos, isola-os uns dos outros para logo após os colligir de novo; e desse trabalho de comparação e distribuição é que resulta a idéa, e da idéa nasce a verdade.

O legislador de um povo é o supremo sacerdote da divindade: elle institue e regula uma sociedade segundo as maximas eternas que recebeu do divino mestre. E' necessario que a verdade de sua justiça se reflicta na consciencia publica com a mesma limpidez e harmonia que alli se reflecte a lei divina.

Estas considerações servem de argumento contra varias objecções oppostas ao systema em materia de legislação. Pretende-se que sendo os codigos feitos para os povos, não se deve nelles adoptar uma classifi-

cação scientifica, mas sim aquella que fôr mais conhecida e vulgar no paiz.

A negação do progresso e a apologia da rotina, eis toda a suma da objecção. Nada se faz em materia de legislação que não interesse directamente o povo, nada por conseguinte se deve innovar em tal assumpto com receio de offender o costume e as idéas vulgares derramadas na população.

Que se devem evitar as bruscas e rapidas transições na lei, como em todas as instituições humanas, é preceito que a propria natureza com sua gradação está ensinando. Convem antes de promulgar um novo codigo preparar o espirito publico para o receber, divulgando suas doutrinas, estimulando a discussão dellas por todas as profissões ententidas na materia, e incutindo na população a verdade scientifica antes de invertel-a ao imperio da lei.

Mas induzir dessa prudente regra que se deva abandonar á rotina o progresso em materia de systema, é isolar do desenvolvimento a civilisação da sociedade o que mais inhere a ella, o que fórma sua razão social, — a lei.

No meio do geral movimento das idéas, a lei ficará immovel e estatica; embalde aspire ella a se desen-

volver, o systema que a subjuga como ferrea cadeia, a manterá em sua concreção e integridade.

Tal é a importancia do systema nos codigos que preferirá, em collisão, uma lei má bem classificada a uma boa lei mal systematisada. A primeira, fosse cruel, era clara; e o subdito seu evitaria incorrer em sua disposição; a segunda, liberal embora, fôra cilada; á sombra della o melhor direito correria o risco de ser sacrificado, para que se erigisse sobre elle a injustiça. De resto, um systema perfeito funcciona no codigo como um nivel; elle revela e extirpa as menores asperezas da doutrina; a lei pessima, sob a sua acção, se emenda e corrige. Um mau systema, ao contrario, faz o effeito de um acervo onde, as melhores idéas accumuladas a esmo, se escurecem e perturbam umas ás outras.

Está actualmente na tella publica, o projecto de um codigo civil; e como este trabalho foi provocado por elle, dir-se-ha alguma cousa de especial a respeito.

Uma opinião muito sensata acredita que o Brazil não está ainda preparado para a revolução que se pretende operar em sua jurisprudencia civil. A tentativa foi prematura, e ha de necessariamente soffrer uma lenta e difficil elaboração no espirito publico, e até nos estudos profissionaes, antes de attingir ás proporções de um projecto sério. E' a ordem das cousas;

não se improvisa um codigo de um anno para outro, no gabinete de trabalho de uma individualidade qualquer, como não se improvisa uma sociedade, uma civilisação, uma éra.

Outorga-se aos povos ou elles conquistam no dia de sua liberdade uma constituição, escripta ao estrepito da batalha ou ás acclamações da praça publica, mas um codigo civil procede de uma longa gestação das idéas; elle é o marco de um largo periodo no progresso da jurisprudencia, e o depositario da experiencia e estudo não só de um povo, mas da humanidade culta.

Os primeiros codigos civis foram promulgados em Roma, e quando muitas e illustres gerações de jurisconsultos tinham enriquecido a sciencia com suas profundas investigações. A jurisprudencia fez ahi uma estação; toda a idade média é preenchida pelos commentadores que preparavam a transição para a moderna jurisprudencia. Esta inaugurou-se creando os dous codigos, que tem servido até agora de modelo aos povos, o codigo Frederico e o Napoleão.

Mas onde se erigiram esses dous monumentos da jurisprudencia moderna? Justamente nos dous maiores fócos, que na aurora do seculo dezenove, derramavam luz sobre os estudos forenses. O codigo prusso foi

elaborado por Cocceji, Wolmar e Carmer. O codigo francez foi preparado por Cujacio, Domat, Pothier.

Quando se decretou em 1855 a confecção de um projecto de codigo civil, qual era o estado do Brazil á esse respeito? Poucos traços o desenham. Em trinta annos de existencia politica, não se produzira uma só obra doutrinal sobre essa jurisprudencia; as forenses se limitavam á tres ou quatro e essas mesmo remendadas sobre livros portuguezes; uma revista judiciaria não podia vingar no paiz; a advogacia era procurada como profissão, mas como ordem inteiramente desprezada.

Era impossivel extrahir de semelhante indifferença e atrazo elementos para um codigo civil; apenas comportava o paiz uma compilação feita por leis parciaes, que mondando os sobejos do regimen caduco, attendessem ás reformas mais urgentes e palpitantes.

Quando muito se poderia, como estimulo aos estudos juridicos, lançar entre os homens da profissão, a idéa futura do codigo, abrindo concursos sobre os systemas de codificação, os pontos de doutrina em que o nosso direito reclamava melhoramento e, finalmente, sobre as aspirações da jurisprudencia moderna. A actividade de muitos engenhos, cuja seiva se esperdiça na obscuridade do fôro, assim provocada havia

de dar os mais bellos fructos. Produzir-se-hia um movimento fecundo na sciencia juridica.

Cumpre não esquecer que o Brazil representa na America a civilisação da raça latina, a quem indisputavelmente compete a primazia intellectual, como á raça saxonia a actividade industrial. Não fôra digno delle copiar o codigo francez ou prusso, como tem feito muitas nações; nem para isso se carecia de tanto rumor e apparato.

A idéa, porém, foi adoptada; o projecto está elaborado; e sobre elle consta que discute uma commissão official. O paiz, porém, desconhece semelhante projecto, pois, o esboço delle nem se encontra á venda, nem talvez estivesse ao alcance dos pobres; nem na imprensa nem em associações se occupam delle a gente da profissão. No meio deste silencio, um trabalho qualquer sobre o objecto, deve ser acolhido com sympathia.

Nessa confiança vai elle á estampa; mas não o acompanha a minima esperança de que sejam adoptadas suas idéas de classificação. Sempre que uma innovação qualquer sahe a publico, estabelece-se contra ella uma prevenção hostil; é a resistencia do habito. Só a pouco e pouco a verdade vai limando o costume, e insinuando-se através. Apresentar de sorpreza, sem discussões e estudos preliminares, um systema não adoptado em codigo ou livro da sciencia,

é immolar a idéa aos justos escrupulos dos espiritos prudentes; mas esse sacrificio não será de todo inutil, si como creio o livro gerar no animo dos juristas, a respeito do plano adoptado no projecto do Codigo Civil, as mesmas duvidas que o motivaram.

Uma advertencia por final.

Terá grande decepção quem espere encontrar neste estudo a profusão de citações e referencias que ornam os livros modernos da sciencia. Não se curou de vasar nestas paginas a resulta da minguada litteratura juridica do autor; ao contrario, houve proposito de a dispensar.

O livro não é de erudição, mas de consciencia: deixou-se ao pensamento toda sua espontaneidade; e nenhuma autoridade se acata ahi, senão a da razão pura, manancial perenne donde emanam em todos os tempos os progressos da sciencia, e onde é necessario que a legislação se lustre, se retempere de tempos a tempos das impurezas da materia.

Quando se commetteu o exame do projecto do codigo, o que impressionou, de primeiro aspecto, foi o monstruoso systema adoptado naquelle trabalho. Naturalmente, e como succede sempre que não se tem idéas feitas e convicções profundas sobre um assumpto, a razão, opprimida pela disforme classificação, buscou

refugio na lição dos mestres e na autoridade da experiencia. Foram repassados todos os systemas de maior credito realisados ou na legislação ou na exposição da sciencia ; e nenhum delles, força é confessar, produziu no espirito esta satisfação intima que annuncia a verdade, como o frescor da alvorada annuncia a luz vivida.

Este exame não se operou, entretanto, sem que algumas scintillações remotas e vagas bruxoleassem na consciencia e imprimissem ao espirito a direcção. A solução do problema estava alli ; não havia buscal-a nas obras do homem, mas na obra divina. Recolhendo-se, pois, em si, a razão fugiu os livros e as opiniões dos mestres ; o que sabia lhe bastou para indice do raciocinio e da meditação.

Uma consideração robusteceu esse intento. Frequentes vezes no estudo de qualquer ramo da jurisprudencia, sobresahem as aberrações de engenhos aliás vigorosos e superiores ; não se deve imputar esse desvio unicamente á imperfeição da intelligencia humana : a maior parte das vezes era proveniente da tyrannia que sobre esses espiritos exercia a opinião e mesmo os preconceitos de seus antecessores.

Quantas idéas grandes não abafa essa oppressão que exerce a opinião geral sobre o esforço individual.

A aspiração generosa sente-se fraca e impotente diante da universal reprovação que a ameaça ; e então se incuba para desenvolver surdamente o germen de progresso que, talvez, traz em si.

Libertar o espirito dessa tyrannia, restituir-lhe o seu movimento espontaneo, animar a sua iniciativa, parece uma precaução necessaria para quem se proponha a investigar o campo vasto da sciencia racional.

Foi ella empregada neste trabalho sobre o systema das leis civis ; e tambem em outro relativo a doutrina dessa importante jurisprudencia, proximo á conclusão. Ambos formarão um estudo geral sobre a codificação civil ; e servirão de base a uma discussão futura sobre o projecto apresentado.

# LIVRO PRIMEIRO

## LEI

I. — Principio da relação — Lei — II. — Lei physica — Lei racional — Lei moral — Lei juridica. — III. — Lei internacional — Lei nacional — Lei politica — Lei civil. — IV Systema de codificação geral. — V. — Falsa distincção do direito publico e privado. — VI. — Continuação.

### I

O jurisconsulto philosopho, seja elle o legislador de um povo, ou simples doutrinario, quando se propõe a systemar um ramo qualquer do direito carece de remontar-se ao ponto culminante de toda a sciencia — á lei.

A lei é o verbo da creação, o principio vital do universo.

Os entes formam uma cadeia infinita que sobe do nada á divindade e abrange a universalidade dos entes desde o atomo excessivamente pequeno até o universo

immensamente grande. Essa cadeia é a relação eterna e continua da creação com seu Creador.

Duas faces distinctas apresenta a relação; uma que a philosophia chama objectividade é a norma, o principio que põe em communicação os entes; outra, conhecida por subjectividade, é a condição, a propriedade que têm os entes em si para mutuamente se communicarem.

Designa-se nesse estudo a primeira face da relação como sua causa; a segunda como sua essencia.

Tal distincção é abstracta sem duvida, mas bem clara. Tome-se uma relação qualquer na ordem physica e na ordem moral; a attracção e a sociedade.

As moleculas dos corpos se attrahem mutuamente, os homens se aggregam em familias e povos, porque o Creador lhe poz essa regra; eis a causa da relação. Para que essa regra se realise deu o creador as moleculas do corpo, como á creatura humana, os meios necessarios para se por em communicação; eis a essencia da relação.

O homem, que só pela analyse penetra os altos designios do Creador, parte sempre do conhecimento da essencia da relação para o conhecimento de sua causa; mas a omnipotencia divina procedeu ao inverso; e a sciencia deve acompanhal-a em sua ordem admi-

ravel. Quando os entes sahiram do nada, já o seu lugar na cadeia universal lhes estava assignado.

Por isso considerou-se a lei principio vital da creação e o verbo da omnipotencia divina, dando ao seu estudo a precedencia.

## II

Abandonando ao naturalista o principio que rege a materia — a lei physica, o homem apparece como o unico objecto e o unico fim da lei nobre e intelligente, a lei racional.

Logo nesse primeiro estagio da sciencia nota o jurisconsulto a differença radical que existe entre a lei da materia e a lei do espirito.

A lei physica gera um facto; seu effeito é infallivel, porque a materia não tem a força de resistir-lhe; esse effeito póde ser novo e ainda não observado — phenomeno, mas em todo o caso é necessario.

A lei racional gera uma simples obrigação, que póde cumprir-se ou não; seu effeito é fallivel porque depende da vontade humana que é livre.

A lei physica, não cumprida, deixaria de ser lei, aniquilada por outra lei superior; a lei racional póde não

ser obedecida, mas não perde por isso a magestade e o poder. Tal é a dignidade da creatura humana que a omnipotencia de seu Creador consente em ser por ella contrariada.

Dessa differença radical das duas leis, resulta igual differença em sua acção. A lei physica é simples e positiva; impõe-se fatalmente; o effeito é seu complemento. A lei racional exposta á resistencia da vontade humana, precisa de ter em si alguma cousa, além da simples norma, que assegura a sua obediencia e execução.

Esse complemento da lei racional e seu cunho, é a sancção.

III

No vasto campo das relações humanas que agora se abre á investigação, dominado pela lei racional, a sciencia bifurca-se de novo. De um lado apparecem as relações do homem com a divindade, do outro as relações do homem com o homem.

As primeiras são regidas pela lei moral; as segundas pela lei juridica.

Esta é a verdadeira e unica divisão da lei racional neste ponto de vista lato. Não ha relação racional do

homem para comsigo mesmo; relação suppõe uma ligação mutua e reciproca entre dous entes: é uma linha que se projecta entre dous termos distinctos, e não póde convergir sobre um só e unico ponto. As unicas relações possiveis da creatura racional comsigo mesmo, são as relações mixtas que se referem á misteriosa adhesão do corpo com a alma; mas estas não pertencem á lei racional.

E' falso o dizer que o homem tem deveres para comsigo mesmo. Esses deveres pela necessaria correlação presupporiam direitos: e sendo ambos regidos pela mesma vontade unica e indivisivel é claro que se annullariam mutuamente. A que absurdos conduzem as distincções quando não derivam da razão pura. Inventaram-se taes deveres para differençar duas cousas, que se reduzem a uma e á mesma, a moral e a religião. Moral lei do costume; religião lei do culto; não são mais que duas faces de uma mesma lei, a face terrestre e á face celeste. O homem que ora ao Senhor no sacrario da consciencia, e aquelle que guarda a decencia, obedece á mesma lei, á lei da obediencia para com seu Creador.

A separação da lei moral e da lei juridica, é tão clara que admira como tenha sido objecto de tamanha controversia. No ponto culminante do triangulo está Deus cuja vontade irradia sobre o universo; no plano

inferior o homem, em um e outro angulo. Como essa imagem physica é a triangulação das relações da creatura para com o Creador, e da individualidade racional para com a individualidade racional.

A lei moral é essencialmente passiva, é lei de obediencia; a lei juridica é activa e reciproca; é lei de igualdade. Dahi a consequencia da distincção. A primeira se exerce unicamente no fôro interno da consciencia, e é protegida apenas pelo receio de um mal intimo — *remorsum*. A segunda obra no fôro externo, na personalidade, e é protegida pelo mal physico — *pœna*.

Si Deus restringisse a liberdade impondo-lhe a lei moral, o homem não existiria; da mesma fórma si o homem não recorresse á um constrangimento physico para assegurar o cumprimento da lei juridica, deixaria de ser um ente racional e tornar-se-hia um animal embrutecido pelos instinctos. Era necessario, pois, para manter o homem em sua verdadeira esphera racional, que Deus lhe deixasse sua liberdade plena, advertindo-o apenas do erro por certo movimento intimo; e que, por outro lado, o homem recorresse aos meios materiaes para cohibir os excessos dessa liberdade perigosa.

Aquelle movimento que produz a lei divina é a *coacção;* o meio material que usa a lei humana é a

*coerção*. Chama-se, então, o effeito da primeira *dever*, que exprime vinculo espiritual; e o effeito da segunda *obrigação*, que exprime um vinculo corporeo.

## IV

Separada essa parte da lei racional que regula as relações da creatura com o Creador, eis-nos em pleno dominio da jurisprudencia.

As relações de homem a homem, em outro termo, a sociedade, se nos apresenta ainda sob duas faces; a sociedade de individuos e a sociedade de nações. O direito deve necessariamente corresponder á essa duplice face do seu objecto.

A sociedade individual é regulada pelo direito interno ou racional; *(jus gentium)* a sociedade collectiva pelo direito externo ou internacional *(jus inter gentes)*.

Esta barreira entre os dous ramos da jurisprudencia é tão profunda, que não póde ser ultrapassada sem grave desordem da lei. As immensas difficuldades que diariamente surgem, ácerca da decisão de questões de interesse privado, entre as varias nações, provém de não se ter respeitado o justo limite que separa a lei nacional da lei internacional.

Ao diante se tornará sobre esta materia, quando por occasião de traçar a delimitação da lei civil com as leis que a circumdam. Neste momento não convém interromper o roteiro que, através das varias ramificações, deve conduzir o espirito á melhor classificação da lei.

Collocado no ponto de vista da lei nacional, e acompanhando sempre a relação, que é o fio conductor da sciencia, apparece o homem sob um aspecto duplo ; no primeiro convivendo com a massa collectiva dos habitantes do mesmo paiz, formando a sociedade nacional — o *estado ;* no segundo, convivendo singularmente com seus semelhantes e formando uma sociedade individual — *a cidade.*

Ahi, nessa dupla face, está a capital divisão da lei interna.

Lei politica, lei do povo.

Lei civil, lei da cidade.

Fóra destas duas grandes divisões não ha mais lei, porque não ha mais relação juridica possivel do homem, encerrado no circulo de sua nacionalidade. Todos os ramos diversos da legislação de um paiz entram em um desses vastos compartimentos.

O que actualmente se chama lei civil devêra ter o nome de lei domestica, lei da casa ; porque é

justamente nessa esphera que ella funcciona; mas, respeita-se uma terminalogia universalmente admittida, para não gerar a confusão. Não é possivel, comtudo, condescender com a incoherencia; si lei civil significa a lei individual, cidadão não póde exprimir o membro da associação politica. Este será designado com o titulo de nacional; e o membro da associação civil com o titulo de pessoa.

## V

O caracter da lei racional, foi dito, o que a distingue da lei physica é a sua violabilidade ou o arbitrio que tem o subdito de infringil-a. Dahi a necessidade da sancção.

A sancção é commum a toda lei racional; a da lei moral é simplesmente coactiva e se opéra na consciencia, a da lei juridica, porém, é coercitiva e se opéra na personalidade. Não póde, pois, esta ultima tornar-se effectiva sem um poder que tenha a força physica necessaria para a applicar.

A lei juridica, pois, encerra em si tres elementos essenciaes: 1.° a norma *(regula)* que ordena; 2.° a sancção *(pena)* que garante; 3.° o poder revestido de força *(jurisdictio)* que a realisa.

Tal é a base de uma nova classificação da materia juridica. Considerada sob esse aspecto de sua acção,

a lei interna subdivide-se e apresenta uma triplice fórma :

Lei reguladora moral.

Lei penal.

Lei jurisdiccional judicial.

Esta nova distribuição da legislação nacional se adapta perfeitamente á anterior divisão.

A lei penal comprehende um ramo *criminal* e um ramo *disciplinar*. No primeiro entram as violações graves da lei, que se chamam crimes *(crimen)* ; no segundo as violações tenues, que não passam de contravenções *(dilictum)*.

Do ramo criminal a parte correspondente á lei civil fórma uma das divisões dos codigos penaes, sob o titulo de crimes particulares : a parte politica fornece outra divisão do codigo penal, sob o titulo de crimes publicos ; e dá a materia especial da responsabilidade dos funccionarios privilegiados e da correcção dos crimes militares.

Do direito disciplinar a parte civil costuma andar unida ao respectivo codigo ; a parte politica, porém, se reparte, sob o nome de policia, entre o codigo penal, os regulamentos administrativos, as posturas municipaes e as leis politicas.

A lei jurisdiccional tem dous ramos principaes : o ramo administrativo e o ramo judiciario. Ambos representam a soberania nacional no exercicio do poder coercitivo ; ha, porém, entre elles differenças notaveis.

No ramo administrativo o imperio é confiado a agentes revogaveis, no ramo judiciario a agentes perpetuos; o primeiro tem uma acção espontanea, iniciativa propria ; o segundo é passivo e só funcciona quando provocado ; a marcha de um é rapida, simples e variavel ; o processo do outro lento, solemne e immutavel. Finalmente, a administração tem uma margem larga de arbitrio, dentro da qual funcciona livremente, salvo o direito de fiscalisação nacional : a judicatura, porém, é encerrada no circulo estreito das fórmas estabelecidas, onde a sua acção torna-se obrigada.

Na lei administrativa, como na lei judiciaria, ha dous pontos importantes a considerar e são : a organisação e o processo. A organisação é a lei da delegação do poder com as condições e os limites de sua acção. O processo é a fórma consagrada para o exercicio do mesmo poder.

Apreciemos, porém, esses dous ramos da lei jurisdiccional em relação ao seu caracter politico ou civil.

A parte politica da lei administrativa, a que regula as relações reciprocas do homem com a nação por meio da entidade governo, fórma no corpo das legislações o

direito administrativo; o qual subdivide-se, conforme a especialidade, em direito commum, financeiro, militar, naval, industrial, etc.

A parte civil do direito administrativo é a que determina as relações reciprocas do homem com o estado, considerado individualmente e representado pelo governo.

Da lei judiciaria a parte politica, relativa ao julgamento dos crimes dos membros dos poderes legislativo e executivo e familia imperial, de todos os crimes publicos, inclusive os policiaes, acha-se na lei fundamental do estado, nas leis complementares, e nos codigos de processo criminal e policial. A parte civil fornece um dos titulos do mencionado codigo do processo criminal e fórma o codigo do processo civil.

A analyse da acção da lei nos traz, pois, naturalmente á segunda classificação geral de toda a legislação interna:

Lei politica reguladora.

Lei politica penal.

Lei politica jurisdiccional.

Lei civil reguladora.

Lei civil penal.

Lei civil jurisdiccional.

## VI

Sobre estas bases se vai agora estabelecer o systema geral da classificação da lei.

Em erro grave labora quem pretende derivar uma da outra as sociedades politica e civil, subordinando a pessoa ao nacional.

Essas duas sociedades são distinctas e independentes. Si uma precedeu de facto á outra, no berço da humanidade, o que é dado conjecturar, ambas coexistiam no principio; uma não podia ser sem a outra, como a humanidade não seria possivel sem o homem e o homem sem a humanidade.

Meditando a lei racional, dissipam-se, á luz da verdade, todas as confusões que nublam, no espirito de alguns escriptores, a origem real da sociedade; e, por conseguinte, o cunho especial de cada uma das sociedades humanas, que se formam desde os simples individuos até o genero humano.

O que é o direito?

E', repitamos, o regulador da relação humana. A relação é o germen e o principio da sociabilidade, o elo dessa parte intelligente da creação.

A sociabilidade realisada é a humanidade, não em uma accepção physica de raça ou genero, mas

em sua accepção philosophica da unidade do trabalho. — A humanidade, emfim, é a communhão das nações — e a communhão dos homens.

A sociedade, pois, é um facto divino, como a creação do homem ou a creação do universo. A sociedade é a consequencia necessaria e infallivel do direito. O homem é social, como é racional; porque Deus assim o fez, dotando-o de faculdades juridicas e moraes, submettendo-o ao direito e á razão.

A revelação do direito é, por conseguinte, a realisação humana do acto divino da creação da sociedade; eis a base de toda a legislação positiva dos povos.

A parte relativa á sociedade das nações, ainda não foi legislada, porque as nações vivem ainda, segundo diz Kant, em um estado natural. A parte relativa á sociedade dos individuos, á nação, essa é a lei fundamental, a constituição do estado.

Constituição é o direito interno revelado; é a natureza civilisada reconhecendo no homem os direitos que lhe foram conferidos pela natureza inculta e primitiva. Constituição é a fonte de que emana toda a lei interna, como Deus é a fonte de toda a lei racional, da qual a lei positiva é sómente a expressão viva.

Eis a lei das leis; a lei mãi, a lei creadora.

A palavra *patria* foi inventada para exprimir a fórma material dessa lei geradora. De feito, o direito constitucional exerce uma paternidade social sobre a communhão de homens que vivem no mesmo solo, formando uma familia de familias.

O fim da constituição é definir a personalidade civilisada do homem, como a natureza define a sua personalidade primitiva e inculta, os direitos essenciaes. Ella plaina, pois, sobre todo o monumento da legislação patria, como o principio creador, sem descer a confundir-se com a sua creatura. Ella contem o germen que se ha de desenvolver em um plano inferior, o plano da lei ordinaria.

Em uma palavra, a constituição proclama os direitos do homem, segundo o grau de desenvolvimento que attingiu a nação novamente formada. Ella é a consagração dos tres titulos da nobreza e dignidade humana — a existencia, a propriedade e a liberdade.

Mas, o homem no exercicio de seus direitos, ora apparece em scena mais elevado como *nacional*, ora em scena inferior como *pessoa*; daqui a distincção verdadeira dos direitos politicos e civis, que, entre-

tanto, muitos escriptores, sob nomes arbitrarios, confundem com os direitos do homem.

Quanto á lei ordinaria sua divisão parece traçada pela divisão natural do direito ; mas, na pratica tem de receber modificações necessarias e racionaes.

Ainda que a lei encerre, como foi demonstrado, tres elementos distinctos, a norma, a pena e a jurisdicção ; comtudo, o primeiro desses elementos é mais transcendente ; nelle reside a intelligencia e a sabedoria da lei ; ao passo que os outros representam apenas a força e o poder que tornam a lei respeitavel e executoria.

Quando se observa o direito pelo prisma da sua norma, nota-se a diversidade profunda e radical das varias relações do homem, sobretudo, das duas ordens de relações individuaes e collectivas. Ao contrario, si a observação é feita pelo prisma da sancção ou da jurisdicção o traço apaga-se ; e as relações se confundem em um só e mesmo acto. A respeito da sancção, a relação é um direito violado e nada mais ; em relação á jurisdicção é, pura e simplesmente, um direito a proteger.

Qualquer que seja o direito, elle não póde exigir da lei sancciouadora ou jurisdiccional mais do que a

pena da violação e o cumprimento da obrigação. Não assim da lei reguladora, á qual o direito, conforme o seu caracter politico ou civil, póde reclamar mais amplitude no exercicio da soberania nacional ou mais garantia no exercicio da liberdade individual.

Ha exemplos de paizes onde, a par dos direitos civis mais amplos, a lei concede acanhados direitos politicos : ahi a pessoa é mais livre do que o cidadão. Mas, os principios geraes que regulam a violação e a coerção, esses tem a mesma amplitude, embora variem alguma vez na sua applicação.

A lei, seja mais ou menos sabia e liberal, tem sempre a mesma sensibilidade e o mesmo poder : porque a lei é sempre a expressão da justiça.

Guiado por estas considerações de muito peso, convém que o legislador mantenha, a respeito do direito regulador, a divisão natural, formando dous corpos inteiramente diversos, o codigo politico e o codigo civil. A respeito do direito sanccionador e jurisdiccional, é necessario conserval-os a cada um na sua unidade, consolidando as relações juridicas; e attendendo mais á intensidade do que á natureza do acto.

No codigo criminal se estabeleceram, em primeiro lugar, os principios geraes que devem reger, em qual-

quer relação e em qualquer circumstancia, o facto da violação; discriminando de uma maneira clara e firme, que deve traçar no dominio da jurisprudencia, a separação da materia crime e da materia facultativa, o acto illegal do acto legal. Depois se consignará a theoria da penalidade, baseada sobre a regra da proporção entre o mal causado e o mal retribuido, o castigo; e sobre o principio da correcção moral.

Depois, passando á applicação dessa medida geral da criminalidade, se attenderá então á diversidade da lei violada e á sua maior importancia; á varia condição do violador; aos motivos do acto e suas circumstancias aggravantes ou attenuantes. A diversidade da lei violada deve estabelecer uma excepção no direito criminal commum, separando a parte militar, que é por sua natureza mui especial. Da importancia da lei offendida, se deriva a distincção a fazer do direito disciplinar. Esse direito que, pelas suas frequentes alternativas, é de natureza variavel e, além disto, obedece a uma theoria mais material da penalidade, prejudicaria á solemnidade e firmeza que devem ornar o codigo criminal.

A lei jurisdiccional formará, como indica a sua divisão logica, dous codigos especiaes; o codigo administrativo e o codigo judiciario; contendo ambos, na primeira parte, a lei da organisação e na segunda, a

lei do processo. A lei da organisação é de sua natureza geral ; a lei do processo é especial ; e deve corresponder aos varios ramos da administração, como aos da judicatura. Ahi se acharão, pois, as especialidades das formulas administrativas e judiciarias.

O quadro completo da legislação interna de um paiz deve ser assim levantado.

1. A constituição (base).
2. O codigo politico.
3. O codigo civil.
4. O codigo criminal.
5. O codigo administrativo.
6. O codigo judiciario.

# LIVRO SEGUNDO

## O DIREITO

### I

A substancia da relação, que na natureza physica se apresenta como uma simples propriedade da cousa, no mundo racional assume o caracter de faculdade.

O homem é então submettido á analyse, não já no exercicio e plenitude da vida como ente activo e social, mas sim em abstracto, singularmente, qual se póde conceber no momento que precedeu sua entrada na sociedade.

Assim como o estudo do principio da relação — a *lei* — deu a base verdadeira para a demarcação exterior dos varios membros da legislação nacional; o estudo da substancia da relação — o *direito* — deve mostrar a contextura e configuração interna da jurisprudencia.

II

Distingue-se logo na creatura racional duas individualidades, correspondentes ás duas leis que a regem: a consciencia, o *eu*, individualidade moral; a personalidade, o *meu*, individualidade juridica.

A consciencia é o sacrario da vida interna e secreta onde só penetra o olhar de Deus; é a creatura isolada do resto da creação e só em presença do Creador. O *eu* significa a existencia intima, independente de revelação externa.

A personalidade é a expansão da creatura racional em communicação com o resto da creação; é a creatura abandonada ao livre arbitrio de sua vontade. O *meu* exprime a existencia exterior e real, sem dependencia da moralidade ou intenção.

A faculdade moral que recebeu a consciencia para o cumprimento de sua missão é a *virtude;* a faculdade juridica que habilita a personalidade a desenvolver-se é o *direito*.

O direito é um; representa a integridade da pessoa humana que se não póde fraccionar sem destruir. Não obstante, elle se revela e projecta exteriormente sob varias fórmas, que dão lugar a uma divisão abstracta.

Essas fórmas são tres: suas designações variam conforme os escriptores; adoptam-se aqui as mais simples e correctas.

*Existencia* — a fórma corporea que reveste o espirito e sem a qual o homem não seria possivel. Essa faculdade comprehende implicitamente a conservação, pela qual mantemos a integridade do nosso ser e o preservamos da destruição.

*Propriedade* — a sujeição de todas as cousas creadas, susceptiveis de apprehensão. O animal usa das cousas conforme a sua aptidão especial e os seus instinctos; o homem póde usar da universalidade das cousas apprehensiveis. O irracional recebe a cousa como a natureza lh'a dá; o seu acto é simples uso. A creatura intelligente exerce sobre a cousa uma fracção do poder creador que Deus depositou nelle, e inventa novas fórmas de ser do objecto. Eis o que constitue a propriedade natural.

*Liberdade* — finalmente, a faculdade nobre por excellencia, a acção, o movimento, a vida em uma palavra. Sem a liberdade as outras faculdades do homem seriam forças manentes, passivas e inertes. E' a liberdade que as fecunda; da existencia ella tira a dignidade do homem, a vida moral; da propriedade ella crêa o trabalho, agente do progresso.

Essas tres fórmas adherem a tal ponto que é impossivel separal-as na realidade da vida. Em qualquer acto do homem ha de apparecer necessariamente uma manifestação da sua existencia, uma volição da sua liberdade, e o dominio instrumento material. Mas uma dessas feições do acto será a predominante, e o qualificará como um acto de existencia, liberdade ou propriedade.

Cumpre, pois, abstrahindo dos factos, marcar a extrema exacta de cada uma das tres fórmas do direito. Dessa delimitação vem grande luz ao estudo da jurisprudencia.

Figure-se tres secções na projecção de um mesmo raio. São as tres fórmas do direito; uma acaba onde a outra começa. A vida até o sentimento completo de sua força e dignidade—eis a existencia. A vida desde esse ponto até o dominio sobre o mundo material—eis a propriedade. A vida, emfim, desde esse ponto até o desenvolvimento completo do homem pela actividade—eis a liberdade.

Tudo se resume em uma palavra, o trabalho, a força motora que impelle o homem ao cumprimento de sua missão, á perfeição da humanidade.

O unico objecto das relações mutuas de homem a homem são as suas faculdades. Não ha, não póde

haver uma acção humana, que não traga o cunho de uma dessas tres potencias juridicas da creatura racional.

Afferindo, portanto, essas relações pela origem ou principio creador dellas, podemos discriminar tres direitos originarios, essenciaes do homem.

O direito de existencia;

O direito de propriedade;

O direito de liberdade.

Esses são os titulos do homem, e os seus elementos. Em qualquer situação em que um individuo se possa achar para com outro individuo ou para com a sociedade, seja qual fôr a legislação sob cujo dominio permaneça; elle ha de apresentar-se sempre munido desses titulos sagrados do homem.

Seja elle o cidadão perante o Estado ou o homem a par de outro homem; seja o subdito perante o governo ou a parte perante o juiz; seja o autor de uma acção licita ou o agente de uma violação, a essencia do direito é a mesma, variem embora as fórmas de sua manifestação, conforme as circumstancias peculiares. No amago, na seiva da relação haverá a existencia, a propriedade e a liberdade reclamando seus fóros perante a lei escripta, como perante a lei natural.

Em resumo ha uma existencia, uma propriedade e uma liberdade politica, como ha uma existencia, uma propriedade e uma liberdade civil. O direito da pessoa é de tão bom quilate como o direito do cidadão: a generosidade ou avareza com que o legislador dispensa um ou outro, não altera sua qualidade; é uma fórma dos direitos do homem.

III

A essencia do direito, a faculdade humana, é uma idéa complexa: desce por uma gradação infinita desde o apogeo da synthese a mais vasta até o ponto extremo da analyse, onde não é mais possivel a especificação.

Os circulos concentricos que se formam entre esses dous pontos extremos, são outras tantas manifestações do direito, inclusas umas nas outras, e tornando-se alternadamente dominantes ou sujeitas, conforme as considerarmos, em sentido ascendente ou descendente.

Então o direito toma o caracter de *absoluto*, quando representa a idéa complexa; e de *relativo*, quando exprime a idéa parcial.

Por outro lado, a faculdade humana subsiste em um estado primitivo tal como a razão a concebe, e

a natureza a revela no homem selvagem; ou apresenta-se polida pela civilisação, restringida pela vontade humana, no estado de cultura e progresso. No primeiro caso é a lei, tal qual Deus a legislou, é a lei ingenita, coeva da humanidade: no segundo caso é a lei do homem, legislada na terra.

O direito que gera a primeira é o direito natural por opposição ao direito positivo.

Estas distincções são meramente scientificas, e servem unicamente para estabelecer a exacta terminalogia, que tanto concorre para a perfeita elucidação de qualquer questão.

Ha, porém, outra distincção, que tem maxima importancia pratica; e sobre a qual se basêa toda a doutrina da applicação do direito e, por conseguinte, toda a sciencia da legislação.

O direito, qualquer que fôr a situação em que se ache collocado, seja um direito absoluto, ou um direito relativo da ultima classe; permaneça no estado primitivo, como innato, ou no estado culto, como derivado, corresponde necessariamente á personalidade humana, de onde elle emana; elle tem, portanto, dous momentos; um momento de repouso e um momento de acção: — no primeiro momento é simples possibilidade, abrangendo a larga esphera

dos factos dependentes da vontade; no segundo é a realidade, é a força especificada, individualisada.

Discriminamos essas duas phases da faculdade humana, designando uma como a idéa do direito, e a outra como o facto do direito.

Tomemos o homem na mais larga expressão da sua humanidade; e percorrendo a esphera da vida, nós veremos como, de escala em escala, a faculdade anteriormente idéa se vai materialisando successiva e alternadamente, até á derradeira manifestação da vontade.

Tomemos o individuo antes que elle exista, quando é unicamente uma possibilidade.

Essa existencia futura e simplesmente possivel já é uma faculdade e, portanto, um direito; mas um direito—idéa. A lei o protege. Não fallemos da lei moral que o protege até na sua semente; cinjamo-nos á lei juridica, a qual a garante em germen pela instituição sagrada do casamento e no embryão pelas penas do aborto e infanticidio.

Mas o individuo foi gerado e nasceu; o direito-idéa transformou-se immediatamente em direito-facto; deixou de ser o direito á existencia uma aspiração e tornou-se direito de existencia, uma acquisição. A garantia que a lei concede a esse direito-facto é

mais ampla e mais solida; já não se garante unicamente a inviolabilidade da lei sob cujo dominio o direito se desenvolve; garante-se além disso a posse do direito.

Prosigamos neste roteiro juridico da vida humana.

O individuo traz com o nascimento a faculdade proprietaria, faculdade innata; a qual permanece em idéa e ainda não realisada. Chega, porém, o momento em que, ou por acto proprio ou por virtude da lei, o homem exerce a sua soberania individual sobre uma cousa, que se torna sua exclusiva; então a propriedade é um facto; e o direito correspondente uma conquista da pessoa.

Esse facto da propriedade, porém, é complexo e decompõe-se, portanto. A cousa de que o individuo está senhor, seja uma terra, por exemplo, é susceptivel de augmentar-se por meio da producção; o senhor della tem sobre o producto incontestavel direito; mas esse direito, embora filho do outro, já não é um facto, é sómente uma idéa, que se realisará quando os fructos da terra nascerem.

O mesmo a respeito da liberdade.

O cidadão de um paiz livre tem antes de nascer o direito á liberdade; o direito-idéa. Nascendo

adquire a liberdade, seu direito é um facto. Mas todos os direitos relativos, implicitos nesse facto juridico, subsistem ainda em um estado idéal, manente. E' á medida que a vida se desenvolve que elles vão materialisando-se. Chega o tempo em que a força physica e moral permitte o desenvolvimento da liberdade:—elle vai successivamente adquirindo o direito ao casamento, depois os direitos do casamento, o direito á paternidade e o direito de pai; o direito a contractar e o direito de contracto.

Recapitulemos as nossas observações a respeito do direito-idéa, e do direito-facto.

Emquanto o direito subsiste como idéa, ou faculdade manente, elle se acha, por assim dizer, encerrado na personalidade humana, como a semente na terra; o homem continúa o mesmo. Quando, porém, o direito se manifesta e traduz materialmente, então para continuar a analogia, ha como uma accessão natural, uma producção do solo; a minha personalidade acha-se prorogada, dilatada além do *eu*. Esse objecto exterior o que quer que elle seja, cousa ou acto, desde que é a expressão material do direito, faz parte do nosso *meu*, do nosso *ser* juridico.

Esta observação nos conduz a outra igualmente transcendente.

A força coercitiva, que é o cunho do direito, o caracteristico que o distingue da moral, não se deve repartir desigualmente entre a idéa e o facto juridico. Realmente, emquanto que o direito se acha implicito na personalidade a força coercitiva que o protege ha de ser geral, permittindo dentro dessa generalidade todas as restricções que não destruam a essencia do direito. Desde, porém, que o direito se define a força coercitiva é especial, e o mantem na integridade de sua fórma.

Cumpre traçar profundamente a linha divisoria, da idéa e do facto do direito, porque é ella que é a medula desse corpo de todo o direito, seja ella reguladora, sanccionadora ou jurisdiccional.

Na lei reguladora, politica ou civil essa linha separa os direitos ideaes ou facultativos dos direitos reaes ou adquiridos, dando á estes ultimos o caracter de irrevocabilidade: a lei sanccionadora separa as violações criminaes, das violações disciplinares: — na lei jurisdiccional separa as acções de manutenção, das acções de reivindicação.

## IV

A essencia do direito nos offerece mais outro assumpto digno de estudo.

Diz-se communmente que o direito é correlato á

obrigação ; ambos se acham nos pontos terminaes de uma relação juridica : um é o principio, outro o fim.

Essa proposição é exacta ; mas incompleta. O direito não é só correlato com a obrigação ; é tambem *reflexivo*. Elle produz além da obrigação extranha, uma obrigação propria, correspondente.—Ha na relação humana uma acção directa e uma acção inversa do direito á obrigação e da obrigação ao direito, e isto porque em todo o direito reside a obrigação propria e em toda a obrigação um direito inherente.

Tão sagrada cousa é o direito, esse movel da perfeição humana, que o Creador mandou-o respeitar na creatura racional, não só pelos seus semelhantes, como por ella propria, depositaria da sua lei. O homem não póde renunciar ou prostituir um direito ; isso fóra mentir ao seu destino e perder os fóros de sua nobreza juridica : por conseguinte, os outros individuos representantes da dignidade humana, têm o direito de oppôr-se a essa depravação da creatura racional.

Não se confunda a obrigação reflexiva do direito com o simples dever resultante da lei moral. Ha entre ambos uma differença immensa ; o dever só póde existir nas relações da creatura com o Creador, mas essa obrigação é filha da relação do homem

ao homem e tem o mesmo caracter juridico que a obrigação alheia ou correlata.

Reduz-se a demonstração a termos mais precisos.

O homem existe. A sua existencia, comprehendendo uma relação duplice directa e inversa, delle aos outros e dos outros a elle, apresenta quatro pontos cardeaes. O primeiro é o seu direito á faculdade que o Creador lho deu de existir; o segundo é a obrigação correlata em que estão os outros de respeitar a sua existencia; o terceiro é o direito reflexivo dessa obrigação que tem os outros de exigirem delle a conservação de sua existencia; o quarto finalmente o que fecha essa esphera juridica, é a obrigação correlata daquelle segundo direito e reflexiva do primeiro que tem o homem de conservar a sua propria existencia.

E' facil de conhecer que a obrigação reflexiva que tem o homem para com os outros de conservar a sua existencia, não se assemelha absolutamente ao dever moral que elle tem como creatura para com o seu Creador. Si elle deixar de cumprir o dever, a Omnipotencia Divina não poderá ser offendida por esse peccado; pois elle existe por seu consentimento. Ao contrario, a violação de obrigação offende os outros homens, porque os privam

de um sujeito de relações reciprocas para a sua personalidade; e essas relações são a causa de seus direitos.

Si o homem podesse attentar contra a sua existencia sem que os outros tivessem faculdade para se oppôr á sua destruição voluntaria, então o direito seria um absurdo; elle podia resumir-se no seguinte axioma: — uma lei universalmente obrigatoria mas dependente da sancção arbitraria da individualidade.

Não: a Omnisciencia Divina não podia crear essa anomalia juridica. O direito é perfeitamente obrigatorio e coercitivo, tanto na relação alheia como na relação propria. E' esse caracter reflexivo do direito que o faz eminentemente social; que dá, por assim dizer, as diversas personalidades como os aros de uma immensa cadeia, a humanidade.

Os philosophos costumam imaginar os direitos do homem como espheras de actividade que se limitam umas ás outras, restringindo-se ou ampliando-se pelo exercicio da liberdade. Mas essas espheras, taes como elles as figuram, não passariam de circulos apenas adherentes, e que se podiam desunir e isolar sem prejuizo de cada um. Imaginar assim a sociedade é inadmissivel. Para que a comparação seja exacta é necessario suppôr as espheras da actividade humana, os direitos ou faculdades, não só adheren-

tes, mas ainda presas por outras espheras inherentes, elos moraes que as amam successivamente umas ás outras.

Esses elos moraes são o direito e a obrigação reflexiva; o fio da teia social.

Quem, pois, estudar o direito nas suas funcções sociaes, perceberá ao primeiro exame no feixe das relações juridicas dous fios bem distinctos: — um é o direito primario, filho primogenito da nossa personalidade; o outro é o direito secundario ou reflexivo, que nasce do outro e pelo outro. Aquelle é especial á minha personalidade: eu sou o seu unico titular. O outro é commum á sociedade humana.

E' neste sentido que se distingue o direito em privado e publico.

Commettem erro grave os escriptores que applicam essa distincção á fórma extrinseca do direito, confundindo-a com a divisão do direito em politico e civil. O caracter privativo e publico existe no direito qualquer que seja a sua fórma extrinseca, ou nas relações do individuo com o individuo, ou nas relações do individuo com a nação.

O direito de voto é sem duvida um direito politico, um direito do cidadão. Nelle se discriminam perfeitamente as duas partes privada e publica.

O cidadão tem a faculdade de votar livremente: —direito privado—a que corresponde da parte da nação a obrigação tambem privada de manter lhe o exercicio do voto.

O cidadão não póde vender o voto, que não é sua propriedade; obrigação publica — a que corresponde o direito tambem publico da nação de impedir a prostituição e venalidade do voto.

Sujeitamos ao mesmo exame um direito civil,— o direito de liberdade.

A pessoa tem a faculdade civil da liberdade:— direito privado, direito seu exclusivo, a que corresponde a obrigação tambem privada das outras pessoas de respeitar o exercicio da sua liberdade.

A pessoa não póde renunciar á sua liberdade, compromettendo-se, por exemplo, a não contractar nunca: obrigação publica sua, a que corresponde o direito tambem publico de qualquer dos outros homens para fazer annullar esse acto attentatorio de uma liberdade individual.

A publicidade ou privança do direito é, pois, incontestavelmente uma condição ou modo de sua essencia, independente da sua fórma intrinseca. Ellas não constituem direitos separados; não ha direitos absolutamente publicos e absolutamente privados;

o direito é um, de que ellas são parcellas apenas, mas parcellas distinctas e que se não podem confundir.

A parte privada e individual do direito refere-se á faculdade manente e activa. Ser livre,—quer dizer para o homem o poder da acção ou da inacção. A parte publica e commum do direito refere-se unicamente á essencia da faculdade, independente do exercicio: — a obrigação de ser livre, significa então unicamente a manutenção da faculdade; eu sou livre, mesmo não fazendo uso de minha liberdade. Um individuo póde não se casar nunca; póde não celebrar em toda a sua vida certa classe de contracto, como a fiança, póde não aceitar herança alguma; usa de seus direitos; mas o que elle não póde é por acto seu renunciar perpetuamente áquelles direitos; porque então não é mais uso e sim desuso dos direitos.

Distingua-se pois no direito:

1.—O direito exclusivo.

2.—O direito commum.

## XV

Quando se interroga a legislação civil para conhecer o que é *propriedade;* ella vos responde é o direito de usar, gozar, dispôr, etc., de uma cousa — *utendi et abutendi.*

Descarne-se, porém, o corpo social, observe-se a organisação viva do direito, e veja-se como toda a legislação é o desmentido formal dessa noção da propriedade.

Vós tendes propriedade sobre uma somma de dinheiro adquerido pelo vosso trabalho: entendeis que podeis usar, gozar e dispôr dessa propriedade; emprestais á um terceiro que vol-a deve restituir em um prazo dado. Pensais que conservais a propriedade desse objecto, e que transferistes sómente a posse delle. Pois enganai-vos; perdestes o vosso direito de propriedade sobre o vosso dinheiro.

Perguntareis talvez? — Mas o que me resta da minha propriedade? Pois a lei não garante o meu direito?

Resta-vos um simples direito pessoal; vós perdestes a vossa propriedade, é certo; mas adquiristes um direito sobre a pessoa de vosso devedor: a esse direito corresponde uma obrigação delle vos restituir a cousa. Mas em summa o que é essa obrigação; não é o reconhecimento da minha propriedade, a necessidade moral de restituil-a? Não: — essa obrigação é apenas um titulo de adquirir propriedade.

Ahi ficareis estupefacto! Um titulo de adquirir!... Mas o que é que adquiro? O meu dinheiro emprestado? Mas isso chama-se racionalmente restituição, e

não acquisição: adquire-se o que não se tem. — O premio do meu dinheiro; mas, isso é o fructo delle; eu adquiro da mesma fórma que o alugnel da casa, ou de outro objecto. — Mas, ainda quando fosse titulo de adquirir, seria para o juro.

Si encontrardes algum doutor, impado na sua sciencia, elle vos fará a distincção. Elle vos dirá, que emquanto tinheis o vosso dinheiro comvosco — o vosso direito sobre a cousa era absoluto, obrigava a todos os individuos; emquanto que dando esse dinheiro a terceiro — vosso direito tornou-se relativo a elle; obrigando portanto a elle exclusivamente.

Extranho abuso da logica e da intelligencia!

Pois então tal objecto é meu; elle me pertence; eu tenho o direito de excluir delle a todos universalmente, tenho o direito de usar, de gozar e dispôr delle como me aprouver; e porque eu cedo a um temporariamente uma fracção desse direito, perco immediatamente o direito de excluir os outros; meu direito deixa de ser absoluto e torna-se relativo?

E' a ousadia do sophisma levado a seu cumulo! Pois então a sociedade não tem obrigação de respeitar o direito de propriedade que eu adquiri sobre o meu dinheiro? Mas então se o meu direito não é direito em relação á sociedade, como é que é essa propria

sociedade, pelo orgão do juiz que sentenceia o meu devedor a pagar-me, me arma com a penhora e a execução?

O que succede, quando qualquer individuo é perturbado na sua propriedade? A sociedade obriga a reparar-se o damno. — Porque eu me colloquei em posição de não ser o meu direito offendido senão por certo e determinado individuo, segue-se que o meu direito vale menos? Supponha-se que eu me embarco em uma canôa: a minha vida nesse momento não póde ser offendida senão por esse barqueiro a quem me confiei: dir-se-ha por isso que o meu direito de existencia tornou-se relativo porque circumstancias fôr?

. . . . . .

## VI

Para fomentar o progresso moderno, tiveram de arrancar, a parte da propriedade sobre que operavam, ao regimen civil, dando-lhe novas e diversas fórmas chamadas mercantis. Aquella parte da propriedade que ficou ainda sujeita á lei civil, essa vegeta.

O seculo dezenove assistiu tristemente commovido á explosão das theorias do communismo: e, os que estudaram esse phenomeno, o attribuiram a outras

causas que não á verdadeira. Não foi a miseria, nem o delirio politico, nem a febre reformista, que arrancaram das entranhas da sociedade esse grito convulso e horripilante; foi a consciencia indignada por essa absurda organisação da propriedade, que se exacerbou, e a indignação prorompeu; desvairando-se, como toda a paixão possante.

Se o communismo conseguisse solapar a propriedade, esse direito sagrado do homem seria uma conquista ephemera; como a da revolução franceza, quando solapou a segurança nacional, e a do despotismo, quando solapou a liberdade.— Dessa ruina do edificio, surgiria a propriedade mais brilhante e mais solida.

Melhor é, porém, conjurar as grandes revoluções, do que forçal-as fechando-lhe as eclusas.—Uma revolução se ha de operar que introduza o liberalismo no regimen da propriedade. A existencia e a liberdade foram garantidas; a propriedade não o póde ser emquanto o privilegio existir: — emquanto o espirito democratico não a transformar.

Pretendemos expôr a verdadeira e sã doutrina da propriedade; como a razão a ensina, desprendida das convenções. Antes, porém, vamos fazer comparecer a propriedade, como ella existe, ante o bom senso, para ahi ser definitivamente condemnada.

Não era possivel que uma legislação, creada assim sob a influencia immediata dos factos, soffrendo a acção do predominio de certos interesses, fosse uniforme e logi'a. A viva intuição das cousas não é dada ao homem.

. . . . . .
. . . . . .

# LIVRO TERCEIRO

## CLASSIFICAÇÃO GERAL DO DIREITO

## CAPITULO I

### FORMA DO DIREITO

### I

A exposição completa dos verdadeiros principios de classificação das leis civis é a melhor e cabal refutação do falso systema adoptado no esboço do codigo brazileiro.

Ha, porém, edificios de uma construcção tão bem travada, que, mesmo assentes sobre terreno fofo e movediço, conservam a sua primeira solidez, ainda que lhes venha a oscillar as bases. A mestria do autor do projectado codigo, deu sem duvida ao seu systema tal firmeza e consistencia, que para derrocal-o é preciso alluir um a um os seus ligamentos fundamentaes.

Esse é o fim da discussão em que nos vamos empenhar.

Tratando de assignalar ao direito civil o lugar que lhe compete no quadro da legislação, o autor do projecto começou por traçar a linha divisoria do direito publico e do direito privado.

Diz elle: (Ap., pag. 14.)

« A divisão de todas as leis, derivada da distincção e differença das relações juridicas das duas personalidades, que funccionam na vida intelligente, é uma divisão real, fundada na natureza das cousas.

« Ella é perfeita e confirmada pela analyse de todas as leis, porque fóra dessas duas categorias não existe effectivamente lei alguma. Ella é perfeita e racionalmente exacta; porque o concurso de personalidades individuaes e de uma personalidade publica, não póde dar em resultado senão ou relações entre aquellas, ou relações com estas. »

Até aqui é a doutrina orthodoxa, geralmente seguida pelos escriptores de melhor nota; é, em outros termos, o principio de que derivamos a distincção fundamental do direito politico e do direito civil. Só ha a differença da nomenclatura scientifica; o autor chama publico o ramo que nós chamamos politico e privado, o ramo civil.

De repente, porém, com um deslisar que é frequente no seu raciocinio, e o assemelha a um collear de serpe, o illustre jurista resvala da distincção logica e racional que estabelecêra nas relações das duas personalidades juridicas — a publica e a individual; e vai assentar a divisão geral do direito em uma base completamente falsa.

« Em toda a escala de suas manifestações, a personalidade publica mostra-se — como poder simplesmente constituido — como poder constituido e organisado — como poder em acção effectiva; e, finalmente, desce á arena dos individuos, individualisa-se a par delles e colloca-se no mesmo pé, submettendo-se á applicação das leis, pelo poder judicial, e provocando, como individuo, a acção especial deste poder. Eis a ultima personificação que toma o poder publico, personificação que equivale a uma transformação completa e o despe de seu caracter de soberania. Mas, ahi, neste gráo extremo da escala, termina a esphera do direito publico e começa a do direito privado. »

Intrincado nó de paradoxos e sophismas! E' necessario paciencia e grande para desfiar uma a uma as partes dessa confusa meada.

O primeiro erro que resalta é o da transformação completa do poder publico, quando vai, pelo orgão do

ministerio publico, provocar a acção do poder judicial, submettendo-se á applicação das leis perante os tribunaes. Só a absoluta ignorancia da organisação politica, o que é impossivel suppôr no abalisado escriptor, ou a tyrannia cega de um preconceito, podia levar o espirito a semelhante absurdo.

Nas relações politicas, que o autor chama publicas, ha, como elle proprio confessa, duas personalidades juridicas — a nação e o cidadão: — a lei, reguladora dessas relações, abrange todo o desenvolvimento que ellas possam ter, desde a fundação do estado até a minima funcção de sua vida. Sempre que, entre os direitos do cidadão e os direitos da nação, houver um conflicto, elle ha de ser resolvido pela sua lei respectiva; e, como essa lei não tem actividade propria e carece de um agente, esse é o poder nacional em alguma de suas fórmas. Perante elle hão de comparecer a nação e o cidadão, os dous pleiteantes.

A belleza da theoria da divisão do poder no governo representativo, é justamente essa; que nunca esse poder se póde dizer soberano para esmagar o Estado ou o individuo. Quando um dos ramos se ergue, como representando a nação, elle tem de pleitear a sua causa perante algum ou todos os outros ramos, onde o direito individual tem uma tribuna e um defensor.

Percorra-se a vida politica dos Estados e o acharão a cada passo pleiteando, com o cidadão perante o poder moderador, o perdão da pena ; perante o poder legislativo, a lei restrictiva da liberdade individual ; perante o poder executivo ou administrativo, a cobrança do imposto. A fórma do pleito é diversa ; não ha o apparato das formulas contenciosas. Mas, porventura, muda isso a natureza da relação ? A nação não se personifica da mesma fórma em um dos poderes, não se individualisa a par do cidadão, e não se submette á lei, e, portanto, á decisão do poder competente, seja elle moderador, legislativo, executivo ou judiciario ?

Não ha negal-o.

Se, perante o poder judicial, vem a personalidade publica, individualisada nos agentes de seu ministerio, isto é, nos delegados do poder executivo ; perante a prerogativa da corôa, vai individualisada no juiz que proferiu a sentença ; perante a legislatura, no ministro que propõe a lei ; finalmente, perante a administração, nos agentes de cada um dos outros poderes que pleiteiam seus meios de acção.

Que idéa fórma o autor do poder judicial ? Suppõe acaso que esse poder foi constituido exclusivamente para applicar a lei aos interesses individuaes, de modo que a nação não possa comparecer ante elle sem indi-

vidualisar-se, e despir o seu caracter de soberania, quando, aliás, comparece ante os outros revestida de sua personalidade publica ?

Eis a consequencia de não estudar-se a verdadeira acção do direito. As tres phases diversas que toma a lei para chegar a realisação, não são leis especiaes, mas accidentes de todo e qualquer ramo da legislação. Não ha direito que não tenha uma regra, uma sancção e uma jurisdicção propria e relativa ; portanto, desde que um ramo do poder nacional fôr investido de qualquer dessas funcções, a sua attribuição ha de ser geral e comprehensiva de todas as relações juridicas, seja qual fôr a sua natureza.

Assim o poder legislativo, a quem é incumbida a regra e a sancção, funcciona livremente dentro dos limites constitucionaes, sobre interesses publicos ou privados ; o poder executivo e o judiciario, a quem foi commettida a jurisdicção, applica a lei ; cada um na sua esphera ; o poder moderador, esse, como a personificação mais alta da soberania, como a vigilancia nacional, é fecho dos outros, e participa da natureza de todos.

Si o illustre publicista houvesse meditado bem na base da organisação politica do governo representativo, veria o que ahi está tão claro e palpitante ;

que o poder judicial, um dos dous ramos do poder jurisdiccional, póde e deve ser chamado a tornar effectiva qualquer lei, sempre que ella supporte uma execução mais lenta, ao contrario do direito administrativo que imprime á lei uma actividade maior e uma celeridade conveniente á certas funcções da vida social.

Achamos disso exemplos bem frisantes nos paizes mais civilisados e, com especialidade, no nosso. O poder judicial intervem no primeiro dos direitos politicos, no direito do voto, para o fim de reconhecer a qualidade de cidadão brazileiro, e de cidadão votante. Em França a qualificação era acto puramente judicial, e o mesmo succede na Belgica. A administração pede o auxilio daquelle poder para a cobrança da contribuição publica; e, finalmente, o senado, a camara e as assembléas provinciaes são investidas de attribuições judiciarias e convertidas em tribunaes, para o fim de conhecer dos crimes que tem caracter politico, ou pela sua gravidade ou pela posição do seu agente.

Dirá acaso alguem que o poder publico se individualisa e despe a sua soberania quando, personificado na junta qualificadora, pede a inclusão ou eliminação de nomes da lista dos cidadãos votantes; quando, pelo orgão do procurador dos feitos da fazenda, pede contra o cidadão o executivo que lhe é recusado pelo juiz

dos feitos; quando, emfim, pelo orgão do promotor da justiça, accusa perante o senado o ministro traidor ?

Si nestes incidentes da vida publica do Estado, o poder publico torna-se um individuo particular, como qualquer pessoa civil ; si essas relações da nação com o cidadão estão sob o dominio do direito privado, unicamente porque são afinal trazidas á tela judiciaria ; então confessemos que a divisão do direito publico e direito privado é arbitraria e inconstante, variando a cada instante, desde que o legislador estender ou restringir a acção do poder judicial. Si amanhã a assembléa decretasse a extincção do juizo dos feitos e a cobrança meramente administrativa do imposto, o direito privado se restringiria em proveito do direito publico.

E' seriamente admissivel em jurisprudencia uma distincção geral do direito que repousa, não sobre a natureza do mesmo direito, mas, sobre um accidente variavel da organisação politica dos Estados?

Outras herezias juridicas formigam no trecho citado, que devemos accusar ao menos.

O illustre publicista suppõe tres modos de ser da personalidade publica, antes do momento em que ella se individualisa e entra no dominio do direito privado. Escapou-lhe ensinar-nos a que diversa especie de direito publico corresponde cada uma daquellas manifes-

tações da nação; mas, não nos demoremos nessa investigação.

O ponto da duvida é outro.

Si o illustre escriptor entende por individualisar-se, constituir uma das personalidades, embora collectiva; então a nação nos apparece sempre individualisada: só ha mesmo um instante rapido em que podemos conceber no estado complexo de massa confusa e impersonificada de homens; é o instante que precede á sua fundação, quando ainda não ha propriamente nação, mas só o embryão nacional. Logo que se realisa a união, o Estado fórma uma individualidade juridica, e só como tal existe e funcciona. Desde que perder essa fórma solidaria, deixa de ser nação, para tornar-se anarchia, simples agglomeração de gente.

São diversos, sem duvida, os aspectos que toma essa individualidade collectiva, e a elles quer, talvez, alludir o escriptor; mas, confundiu o que é proprio da lei com o que é proprio da nação ou poder publico, como elle chama. As feições reaes da personalidade são — a feição politica e a feição civil: — a feição do cidadão e da pessoa.

Aqui estamos, pois, no verdadeiro ponto da divisão, ao que se póde chamar a articulação do direito interno, onde se ligam o direito politico e o direito civil. A dif-

ferença radical das relações complexas e simples, é o criterio unico da separação dos dous ramos, como já anteriormente tivemos occasião de demonstrar.

Concluamos, pois, de uma vez. A classificação geral, apresentada pelo illustre escriptor, é completamente falsa; mas, por honra da sciencia, original e desconhecida. A applicação de um tal systema será funesto; elle fará do codigo civil um monstro semelhante ao projecto, capaz de tragar com os seus tres ou quatro mil dentes, em fórma de artigos, todo o corpo de legislação.

Em tempo mostraremos que miscellanea juridica é semelhante projecto. Direito internacional, diplomacia, constituição, direito ecclesiastico, administração, processo, tudo é ahi tratado.

## II

Prosegue o autor no seu trabalho de classificação geral. Nos dominios do direito privado procura elle destacar o que é estranho ao direito civil. Da maneira por que o faz se julgará com a leitura do seguinte trecho:

« Assim apreciado o poder publico, quando, representado pelos agentes de seu ministerio, vem solicitar justiça aos magistrados e tribunaes, como se fôra um

simplos particular, acha-se a idéa caracteristica que nos offerece ; é ella que unicamente póde rehabilitar o direito civil, cingindo-o aos seus verdadeiros limites, e joeirando-o do que lhe tem mesclado o imperio dos legisladores. »

## III

O homem, a creatura racional, qualquer que seja a natureza da relação de que se torne agente, ha de figurar nella revestido dos seus tres meios de acção—a existencia, a propriedade e a liberdade.

Assim o exige a intregridade do direito. Não ha maior anomalia do que pretender que o homem funccione em certas relações com algumas fracções apenas de seu direito, reservando as outras para differentes relações. O agente de taes actos não seria mais o homem, porém, sim, um aleijão da creatura racional, um membro truncado da personalidade.

A unidade e connexão das faculdades ou meios de acção de que a Providencia dotou a creatura racional, não se manifesta unicamente nos dominios da jurisprudencia, mas tambem no campo da moral.

Estude-se profundamente a faculdade moral e se conhecerá que ella tem a mesma triplice face da faculdade physica: ha uma virtude de existencia, propriedade e liberdade, como um direito; e áquella virtude corresponde igual dever, da mesma fórma que ao direito corresponde a obrigação. A creatura voltando-se para o Creador agradece os meios de desenvolvimento que delle recebeu, e usa delles conforme os principios do bem inoculados em sua consciencia; ahi está a virtude pautando o direito.

A conservação da existencia, a sobriedade da riqueza a par da caridade, a actividade moderada do corpo e do espirito, de modo a crear o trabalho fecundo; não são deveres impostos pela moral e não se referem ás tres fórmas de manifestação da faculdade humana?

No direito a trindade racional apparece em qualquer plano das relações. Na lei internacional como na lei nacional, na lei politica, como na lei civil, a personalidade ha de figurar revestida desse titulo. O legislador deve consideral-a por esse prisma, e marcar em todo codigo o lugar que deve occupar cada um dos tres poderes ou meios de acção do agente da relação juridica, seja elle individuo ou associação.

Essa é a primeira maxima que deve presidir, na confecção de um corpo de leis, ao desenho de sua contextura interna.

Em seguida se attenderá para o gráo do direito ou o ponto a que elle attingiu na escala de seu desenvolvimento. Si o direito se conserva ainda implicito na faculdade, como uma força concentrada e inerte; o direito é idéa, poder. Si o direito se dilata além da faculdade, expande-se no mundo exterior, e produz um acto que o effectua; então passa ao estado de realidade, e torna-se facto, acquisição.

Esta graduação serve de criterio para a força e garantia de que a lei deve revestir o direito, e dá a solução pratica de muitas e importantes questões tão disputadas na sciencia juridica, como sejam a distincção entre a violação civil e a violação penal, a retroactividade das leis e a separação entre o direito de propriedade e o chamado direito das obrigações.

Em qualquer ramo da legislação se ha de achar latente essa graduação, como o fio conductor de uma verdadeira classificação: e cumpre nunca perdel-a de vista, porque as consequencias serão graves.

Um terceiro preceito guiará a boa classificação interna da lei e será o caracter do direito, si commum ou exclusivo.

A intervenção que deve ter o Estado em todas as relações, mesmo individuaes, para as garantir e regular; por outro lado, o respeito á individualidade em todas as relações, ainda mesmo aquellas que se referem aos negocios publicos, são problemas importantes e que acham sua verdadeira solução pratica na applicação exacta daquella distincção.

O bem publico, no exercicio do direito individual, representado pela instituição do ministerio official; eis a parte commum, a garantia particular, do direito no exercicio da soberania realisada na segurança da minoria contra a omnipotencia da maioria, eis a parte exclusiva do direito.

# CAPITULO II

## CODIGO CIVIL

### I

Collocado finalmente no plano do codigo civil, o jurisconsulto não póde meditar no systema da verdadeira classificação, sem um ultimo trabalho preliminar; a exacta demarcação da materia legislavel.

Os estudos anteriores indicaram apenas o rumo e a direcção das linhas divisorias, que servem de raias aos diversos corpos de legislação; bem como a contextura interna de qualquer desses corpos juridicos. E' preciso, porém, auxiliados por esses estudos preliminares, traçar na planta juridica as raias do codigo civil, com todos os accidentes e curvas da demarcação.

O codigo civil, como um dos dous ramos do direito nacional, confina externamente, por um lado, com o direito internacional e, por outro, com o direito politico. Internamente, visto constituir elle uma parte

importante do direito regulador, confina com o direito sanccionador e o direito jurisdiccional.

São essas as raias que precisam de ser claramente traçadas.

Precederemos, porém, esse estudo de uma advertencia.

A lei, que preside as relações individuaes, soffreu, com o prodigioso desenvolvimento da industria moderna, tão grandes modificações, que houve necessidade de formar um direito a parte, um direito excepcional.

Esse direito chamou-se mercantil; eu o chamarei antes industrial, dando-lhe o nome que lhe compete, e o que melhor o define. Porque a industria mercantil avançou primeiro no caminho do progresso, não é razão para sujeitar-lhe as outras industrias que ahi vem, impellidas tambem pelo vapor e a electricidade. O direito agricola já se começou a organisar; o direito fabril ha de nascer tambem; e assim se formarão na realidade as divisões naturaes do direito industrial.

Prescindindo agora de maiores desenvolvimentos a esse respeito, observaremos que não entra em nosso plano essa divisão intestina do direito civil. A sociedade industrial está encravada na sociedade domestica;

os limites que as separam, são por tal fórma salientes, que não podem scientemente ser ultrapassados. O codigo civil estabelece a lei geral, sem attenção a nem um interesse industrial ou economico: o legislador não precisa conhecer essa sociedade nova, feitura moderna, que se agita nas praças de commercio. E' o autor do codigo do commercio.

## II

A nação é, perante a communhão dos povos civilisados, o homem; nella se reproduz, em um ponto de vista mais amplo, com um caracter multiplo, a mesma personalidade da creatura racional, de que se compõe.

E' uma individualidade collectiva; é o homem multiplo. Na sciencia juridica e perante a lei racional, representa a mesma creatura intelligente, livre, operaria do progresso humano. Ella tem, como o homem, uma missão a cumprir; e, portanto, as mesmas faculdades ou direitos individuaes; a existencia (integridade), a liberdade (soberania) e a propriedade (territorio).

A acção eminentemente social do direito actua, pois, sobre as nações, como sobre os homens, com a unica differença que póde provir da natureza das duas

individualidades. Uma nação póde mais facilmente viver isolada e só, como o Paraguay e o Japão, do que o homem selvagem de Rousseau. E', tambem, por isso que as nações se civilisam mais lentamente do que os homens.

Si o principio da sociabilidade das nações é um dogma juridico, porque razão essa sociedade não apresenta o mesmo caracter fixo e a mesma organisação regular da sociedade interna?

Kant já o disse; porque as nações vivem ainda no estado natural, como, outr'ora, o homem selvagem. Ellas não chegaram ainda ao gráo de civilisação necessario para estabelecer a communhão humanitaria, que ha de existir um dia, pela lei do progresso e da perfeição humana. Lembremo-nos que, seis mil annos da duração do mundo, foram gastos na civilisação do homem, pela philosophia e pelo christianismo. Não ha um seculo, que a grande revolução da França começou a civilisação dos povos: ella está ainda na infancia.

Entretanto, o que falta á sociedade das nações?

O poder — a instituição do governo.

Mas, o poder é a soberania. As fórmas por que se manifestam são convencionaes e arbitrarias. Como se governavam, outr'ora, as pequenas republicas da Grecia, quando cada cidade era um Estado?

Não tinham leis escriptas, nem autoridades constituidas. Reunia-se o povo na praça publica (ágora) e funccionava como legislador, como general e como magistrado. Foi depois, que o desenvolvimento da população, as condições topographicas e a illustração, trouxeram as leis escriptas e o governo constituido.

As nações se governam pelo mesmo theor ; sua constituição é, como a das republicas gregas, uma democracia pura. O poder legislativo, como o executivo, reside nellas proprias. Sua lei são os principios racionaes, reconhecidos por uso e costume, e os tratados celebrados entre ellas. Essa lei, como a lei interna, tem uma sancção, que é a indemnisação, e uma jurisdicção, que é a guerra ou as represalias, o emprego da força bruta.

Póde haver e ha muitas vezes injustiça no emprego da força da parte de um Estado poderoso em relação a um paiz fraco, como póde haver da parte de um governo constituido contra os subditos : porém, a mesma presumpção juridica legitima o abuso em um e outro caso.

Si o governo, que abusa da autoridade, e não é derrogado pela revolução ou pela intervenção dos poderes soberanos, continúa a funccionar como o

delegado legitimo da soberania nacional; tambem o Estado poderoso, que usa de tyrannia da guerra, e não é impedido pelas outras nações, tem em seu apoio a inercia e o consentimento tacito da maioria dos povos.

O direito de nação é o mesmo direito do homem: por conseguinte, ha em ambos o mesmo principio da communidade. Toda a nação tem o direito e, portanto, a obrigação reflexiva de fazer manter a integridade juridica de qualquer nação ameaçada. Desde que uma guerra se declare, cada nação é obrigada a julgar, na sua consciencia, da justiça da causa internacional; e concorrer com a sua acção ou inacção para o triumpho do direito.

Esse pronunciamento dos paizes, é a opinião internacional ou humanitaria; a voz da maioria e, portanto, a voz da justiça e da razão. A victoria, nesse caso, é a expressão a mais legitima da soberania internacional, como a eleição o é da soberania popular.

Que importa que o voto seja tacito, e a vontade se revele por uma inacção? O direito é tão magestoso na sua actividade, como no seu repouso; é o leão que dorme consciо da sua força. Quando as nações assistem impassiveis á lucta travada entre outras, o jurisconsulto não póde suppôr nessa situação

egoismo sordido ou indifferença : é que a justiça ainda não reclamou seu auxilio. Do mesmo modo, em tempos normaes, a soberania popular dorme, até o momento em que seja necessario reintegrar a justiça postergada por meio da revolução.

O direito internacional é emfim o mesmo direito nacional, com a unica differença da natureza dos individuos e do seu estado de civilisação : ha, portanto, nelle as mesmas duas ordens de relações sociaes que no direito interno ; relações do individuo á sociedade, e de individuo a individuo. As primeiras são reguladas pela parte politica do direito internacional, as segundas pela parte civil. Naquellas a nação funcciona como cidadão, nestas como pessoa.

O direito politico internacional é, pois, a lei que regula as relações de uma nação com a universalidade das outras nações :— o direito civil, internacional é aquelle que regula as relações individuaes de uma nação com outra ; de ordinario é especial, proveniente de tratados, e baseado em condições topographicas. Revela-se ahi, da mesma fórma que entre os homens, o caracteristico da individualidade.

Desconhecendo a natureza da sociedade internacional, os escriptores idearam uma falsa distincção de direito publico internacional, e direito internacional

privado ; pretendendo que um regula as relações de nação a nação ; e o outro as relações da nação com os subditos de outra nação.

Toda a relação de nação a nação é internacional, qualquer que fôr o canal por onde ella se opéra, ou seja pelos subditos em caracter official, ou pelos subditos em caracter particular.— A relação é a mesma ; a sua natureza não muda ; ella obedece ao mesmo principio ; ella interessa da mesma fórma ás nações. Suppôr que o subdito estrangeiro, o individuo — homem, se possa pôr em relação com a potencia estrangeira — individuo nação, é um não senso : seria o mesmo que, no terreno do direito interno, fraccionar o homem, e dar a cada uma das suas tres faculdades juridicas uma existencia concreta á parte ; e dizer, por exemplo, que alguem não está em relação distincta com a minha liberdade, ou com a minha existencia, mas comigo.

O homem é, na grande personalidade nacional, uma fracção minima ; representa uma porção de faculdade infinitamente pequena ; portanto, quando elle se acha em contacto com outro paiz, que não o seu, a relação que desse contacto possa provir não o tem por agente, mas, por simples objecto. O agente é sua patria, a nação, unica personalidade juridica que o direito internacional reconhece.

Essa personalidade juridica representa as tres faculdades nacionaes, — integridade, territorio e soberania, que sob denominações diversas são, em um sentido collectivo, as mesmas faculdades do homem.

. . . . . .

. . . . . .

Da mesma fórma o direito de independencia de uma nação se estende desde o todo da sua personalidade até o ultimo membro della: quem offende um subdito seu offende o seu corpo, como offende o corpo humano quem o fere ainda mesmo na epiderma. O direito de territorio defende igualmente uma provincia, como a minima pollegada do solo nacional. O direito de soberania significa a plenitude da vontade nacional.

Portanto, quando pelo facto de achar-se um individuo fóra de sua patria, se estabelecer conflicto a respeito de qual das duas legislações, a patria ou a estrangeira deva regular as suas relações com outros individuos; esse conflicto é perfeitamente identico ao que se poderia dar em relação a uma certa porção de territorio, cuja posse estivesse em litigio, ou a communidade de um rio lemitrophe.

Em um, como em outro caso, a questão se reduz aos limites das duas nacionalidades; a differença versaria sómente sobre a natureza do objecto disputado;

um homem ou uma cousa. Mas que importa a natureza do objecto desde que elle representa o mesmo direito? A nação exclue a outra nação do seu territorio com a mesma justiça com que exclue uma lei estrangeira de penetrar a sua lei nacional.

Não existe, pois, direito internacional privado. O direito internacional é um; e desde que os seus principios forem devidamente applicados e desenvolvidos, elles regerão não sómente as relações de governo á governo, como de lei a lei; e versarão sobre todas as questões internacionaes, digam ellas respeito á guerra, á neutralidade, á diplomacia, como á competencia da legislação interna em relação aos estrangeiros.

A raia que separa o codigo civil do direito externo está, pois, profundamente traçada, não ha confusão possivel.

O codigo civil deve encerrar-se absolutamente no direito interno; deve ser legislado, abstrahindo de qualquer relação internacional, como se o paiz se achasse isolado dos outros Estados. Este é o circulo que lhe assignala a razão e a sciencia.

Ao direito internacional, influido nos principios da civilisação, compete estabelecer posteriormente a linha divisoria dessa nacionalidade civil, como da nacionalidade politica, criminal, administrativa ou judi-

ciaria. Enxertar essa materia em um codigo fôra, além de exhorbitancia, prolixidade ; pois, seria preciso repetir em todos os ramos da legislação as mesmas regras da competencia internacional.

## III

Com o direito politico as confrontações do codigo civil são claras.

A dualidade — *cidadão e pessoa* — dominada pela unidade — *homem*, eis o ponto de contacto e, ao mesmo tempo, de separação da lei politica com a lei civil.

Para tornar ainda mais viva e saliente a linha de demarcação, vamos demonstrar como a personalidade juridica do homem, tal como a natureza a creou, e a constituição do Estado a consagra, se fracciona para formar a personalidade politica, e a personalidade civil.

Analysemos uma a uma as tres faculdades juridicas — a existencia, a propriedade e a liberdade.

Existencia — conservação physica e conservação moral.

Conservação physica — integridade do corpo em relação á autoridade — direito politico. — Integridade do corpo em relação ao individuo — direito civil.

Alimentação subsidiaria pelo Estado, direito politico.

Alimentação primaria pela familia, direito civil.

Conservação moral — integridade do nome e da honra nacional — direito politico. — Integridade do nome e da honra individual — direito civil. — Instrucção pelo Estado — direito politico. — Educação pela familia — direito civil.

Desconheceria a dignidade do homem a lei que não protegesse a parte a mais nobre do seu ser, a parte intelligente, a alma; não no sentido psycologico, mas no sentido juridico. A alma do cidadão é a honra do seu nome nacional, a dignidade da patria; a alma da pessoa é a honra do seu nome particular, a reputação que adquiriu entre os seus vizinhos.

*Propriedade:* — Uso do solo nacional, como a séde da lei patria — direito politico. — Sujeição da cousa, como a séde da vontade individual — dominio — direito civil. — Occupação e gozo commum de uma parte do patrimonio geral, que fôr necessaria para a manutenção do Estado — direito politico. Occupação e gozo ex-

clusivo de um quinhão no resto do patrimonio geral — direito civil.

Imaginemos um povo nomade, como existiram outr'ora na infancia da civilisação: tendo suas leis, e formando uma secção embora incompleta. Chega o momento em que esse povo errante se fixa em um ponto qualquer da superficie do globo: immediatamente, por virtude desse acto, a soberania se enraiza no solo, do mesmo modo que a vontade individual se entranha em um objecto qualquer apprehendido por ella.

Creado, porém, o solo nacional, o territorio, tudo quanto existe dentro delle representando um valor, em outros termos, o patrimonio geral, se divide em duas porções, como tambem se divide na formação da soberania a massa geral das vontades individuaes: uma parte representa a communhão— outra a individualidade. Os mares, os lagos e rios navegaveis, os portos, as vias de communicação, as minas, constituem o patrimonio politico.—O resto do solo, com os objectos ahi existentes, é o patrimonio civil, do qual cada individuo póde occupar a sua parte.

Assim se explica a primitiva constituição da propriedade.

*Liberdade*:—Liberdade physica—liberdade moral.

Liberdade physica.—Movimento na area do patrimonio commum—direito politico.—Movimento na area do patrimonio individual—direito civil.—Acção relativa ao Estado—direito politico. Acção relativa ao individuo—direito civil.

Liberdade moral.—Opinião e voto nos negocios do Estado—direito politico.—Pensamento e vontade nos negocios particulares—direito civil.—Tolerancia de culto—direito politico. Tolerancia de crença—direito civil.—Renuncia do titulo de nacionalidade—direito politico.—Renuncia do titulo pessoal—direito civil.

A inviolabilidade domestica, em contraste a constante vigilancia da vida publica, é o elemento local da liberdade physica, é uma das mais bellas maximas do systema representativo: O cidadão na sua casa é um soberano; e tem o direito de excluir desse asylo o proprio Estado, salvas as excepções legaes.— O outro elemento da liberdade physica, o elemento objectivo, é a esphera moral da lei.

Um individuo move-se, agita-se na rua ou em qualquer lugar commum; está no exercicio de um direito politico. Ahi, porém, encontra outro individuo e compra-lhe um objecto qualquer: está no exercicio de um direito civil. Da mesma fórma o individuo movendo-se no interior de sua casa, está no exer-

cicio de um direito civil; mas se elle ahi imprimir e vender livros ou publicações de censura razoavel ás leis do paiz, exerce um direito politico.

Sobre a liberdade moral só temos uma observação a fazer. Quando fallamos de renuncia do titulo pessoal, não se entende que reconhecemos no homem o direito de se despir das suas faculdades civis, de suicidar-se civilmente. O homem renuncia ao seu titulo pessoal, como renuncia ao seu titulo nacional pela naturalisação, para adquirir outro pela mudança da séde. Não se póde conceber o homem sem os seus direitos primitivos.

Completaremos esta analyse, demonstrando como as faculdades politicas do cidadão jogam em suas relações com o Estado :—em outros termos, quaes os direitos do Estado correspondentes aos direitos do cidadão.

*Existencia.* — Conservação physica—conservação moral.

Conservação physica.— Paternidade nacional pela descendencia. Integridade da massa da população, que fórma o corpo do Estado. —Manutenção pelo concurso das forças corporaes do cidadão—imposto de sangue e dinheiro.

Conservação moral.—Integridade da lei, que é a alma da nação. Progresso e moralidade pela instrucção obrigatoria dos cidadãos.

*Propriedade.*—Liquidação do solo, como a séde da lei, soberania territorial. Dominio sobre a parte commum do patrimonio geral, comprehendendo as vias de communicação e as cousas não apprehensiveis.

*Liberdade.*—Liberdade physica.—Liberdade moral.

Liberdade physica.—Movimento na área do patrimonio commum—administração. Acção a respeito do cidadão—policia.

Liberdade moral.—Supremacia da opinião e voto da maioria—governo parlamentar.—Culto exterior exclusivo para a religião do Estado—direito ecclesiastico.—Faculdade de instituir, ou destituir o cidadão; leis de naturalisação.

Depois desta confrontação não é possivel confundir a parte civil com a parte politica de qualquer dos direitos do homem. Notam-se, é verdade, na linha divisoria certos pontos em que a lei nacional invade a esphera pessoal e a acção individual penetra na região politica. Nem o contrario seria concebivel quando as duas personalidades estão incarnadas no mesmo individuo.

Assim a lei collectiva póde aniquilar ou modificar a pessoa, como a lei individual ao cidadão, pela imposição da pena capital.—O Estado expropria a propriedade civil, como o individuo usufrue o patrimonio commum. Finalmente, a prisão restringe conjunctamente a liberdade politica e a liberdade civil até certo ponto.

Nestes casos, que não são frequentes, cada uma das duas leis conserva a sua autonomia; aceita os actos realisados sob o dominio de outra como factos juridicamente consummados.

## IV

A lei racional e a lei physica, independentes e distinctas no seu principio, soffrem na applicação a sua influencia mutua.

Contemplando o universo, nós observamos a todo o instante a materia invadindo os dominios da razão, e a razão avassallando a materia. Aqui é a alma que succumbe á dissolução do corpo, alli a natureza bruta se transformando ao esforço do trabalho.

Essa influencia da lei physica no mundo moral é o *facto*—o producto da força bruta—a manifestação sensivel da natureza inanimada. A supremacia da

razão no mundo externo é o *acto*, o producto da força intelligente, a manifestação sensivel da natureza inanimada.

*Facto*.—Movimento da materia, *acto*— movimento do espirito, eis a parte viva e palpitante da jurisprudencia, o coração da lei e a sua grande arteria.

A categoria dos factos individuaes, podemos desde já collocal-a dentro do codigo civil, ao qual ella pertence. De qualquer modo que consideremos os factos elles são accidentes dos direitos e se regulam pela mesma norma. Não ha controversia neste ponto.

Quanto aos actos vamos estudar a sua natureza.

A actividade humana ou a manifestação exterior da personalidade, submettida pela natureza á influencia corporea, se produz no mundo externo de um modo mais ou menos perfeito.

Ella desce progressivamente desde a mais alta expressão da intelligencia até a animalidade do homem; desde o genio até o idiotismo; a sciencia, porém, considerando essa imperfeição, unicamente em relação ao direito, só lhe reconhece tres gráos, que marcam differenças mais salientes e mesmo profundas.

O gráo superior, o que indica a exacta manifestação da personalidade, é a *imputação*. Essa palavra

significa que o acto deve ser attribuido ao *eu*; porque derivou delle. O grão inferior, o que corresponde a ausencia completa da manifestação da personalidade — é a *não imputação*: acto não imputavel exprime o acto juridicamente anonymo, que não tem um autor racional, e foi produzido só pela animalidade do homem, como podia ser pelo instincto do bruto. O grão médio, corresponde a uma manifestação imperfeita de personalidade; cada um dos dous elementos, a razão e a animalidade, tem o seu quinhão maior ou menor.

Os actos, pois, em relação á sua manifestação, se classificam em actos imputaveis, não imputaveis e mixtos.

Considerando em relação á lei, o acto só tem dous modos de ser. Ou se conformam com a norma que os regula e são legaes; ou contrariam aquella norma e se dizem illegaes. Os primeiros hão de todos acompanhar sem o minimo desvio a linha recta, que symbolisa figuradamente o direito; os segundos, porém, se afastam mais ou menos da linha, e tomam uma feição mais ou menos curva.

Prescindindo de estudar agora as variedades do acto illegal, distinguamos unicamente a mais grave dellas, a que constitue uma violação do direito em

sua essencia. E' essa variedade que toma no direito o nome de crime ou delicto.

Emquanto a liberdade humana, exorbitando de sua legitima esphera, ataca o direito, apenas na superficie, e causa sómente um damno individual, a reparação desse damno é uma indemnisação accessoria pelo mal que podesse provir, — satisfazem a personalidade perturbada em sua acção. Mas, quando a liberdade vai atacar o direito no seu amago, além do damno individual, ha um damno social; a lei, onde se consolidam os direitos reflexivos, a lei que representa a personalidade geral é não só perturbada, mas profanada em sua magestade. Todas as fibras sociaes são vibradas pelo golpe profundo que soffre o direito.

Então, além da reparação do damno certo e indemnisação do damno presumivel, a sociedade tem o direito de inflingir ao violador da lei uma certa somma de mal, cujo fim é evitar que o mesmo individuo reincida, ou que outros o imitem. Tal é o fundamento da sancção do direito, da pena, cujos elementos são a correcção e o exemplo.

O objecto do direito criminal limita-se pois ao seguinte:

1.° Definir o acto illegal que constitue crime.

2.° Applicar-lhe o principio geral que rege a imputabilidade do acto individual.

3.° Graduar a penalidade na razão da importancia da lei violada, e da gravidade da violação.

Toda a materia relativa a actos individuaes que não se contiver naquellas theses é materia civil, e pertence ao respectivo codigo.—Como, porém, no mesmo acto illegal chamado crime, se encontram dous elementos diversos, a reparação e indemnisação do damno, e a pena da violação, é necessario discriminal-os de modo que na pratica não se confundam nem se estorvem.

Desde que um crime é perpetrado nas relações individuaes elle é immediatamente submettido á lei pessoal, não obstante a indifferença ou mesmo o perdão do offendido. Ha, comtudo, uma excepção. Si o crime é de natureza tal que depende de uma disposição intima da victima, como nos ataques á honra, elle só é considerado existir quando denunciado pelo paciente, unico arbitro da injuria feita ao seu direito no fôro interno.

Esta distincção só tem valor para determinar o caracter publico ou privado da accusação: mas nenhuma influencia tem sobre a competencia.

Existindo crime, a lei penal tem a precedencia para a sancção ; e só depois de realisada essa, a lei civil é chamada para conhecer da outra consequencia juridica do crime, a reparação ou indemnisação do damno.

A lei criminal, portanto, se apodera do acto humano desde o momento em que a sua illegalidade se revela com o caracter do crime e o restitue de novo á lei civil ou innocentado ou punido, afim de que produza os effeitos juridicos que delle possam derivar para os direitos individuaes.

Não terminaremos este artigo sem uma observação.

Sendo o direito criminal, como foi demonstrado, não um direito novo e distincto, mas apenas a sancção essencial a todo o direito ; parece que no codigo civil se deviam achar estabelecidos todos os direitos cujas violações estão classificadas de crimes. E assim é com effeito. A anomalia que a esse respeito se nota em quasi todos os codigos civis, provém de duas razões ; de serem alguns direitos civis declarados na constituição ; e de não se terem bem discriminado nas relações civis as tres faculdades juridicas do homem.

V

A nação tem um lado individual, como o individuo tem um lado collectivo.

Como o individuo ella é cidadão e pessoa.

A lei não seria um principio de eterna e infinita harmonia, si não apresentasse em qualquer gráo das relações humanas, e até das relações possiveis, o mesmo padrão da harmonia universal e eterna. Por isso nós encontramos na existencia individual a imagem perfeita da existencia da nação.

Observa-se o homem civil. E' pai; a natureza e a lei o investiram desse amor soberano, que foi talvez a primeira expressão do poder legitimo na terra. Elle governa a familia e a protege; distribue pelos filhos a lição, o conselho, o alimento e a correcção; gradua o trabalho ás forças de cada um; vai creando emfim a custa de fadiga o patrimonio e a reputação, que hão de ser herança da sua prole.

Eis a patria, a paternidade nacional, instituida para o governo do povo, da familia politica.

Mas os filhos emancipam-se; ou mesmo no regimen domestico vão adquirindo um peculio. Estabelecem-se immediatamente entre o pai e os filhos relações identicas as que podem existir entre pessoas extranhas;

permuta de interesses tendentes ao desenvolvimento e bem estar de cada um. O chefe da familia assume, por exemplo, a administração e usufructo dos bens castrenses dos menores; ou herda por uma justa reciprocidade daquelles que são seus herdeiros necessarios.

Eis o Estado — a individualidade nacional— descendo á officina do trabalho humano, entrando na sociedade civil para obter os meios de administração.

Nesta segunda incarnação a nação despe sem duvida a soberania, com a qual ella nunca pudera penetrar na região da lei civil, onde todo o direito é igualmente independente e soberano na esphera de sua individualidade.— A nação nivela-se a par do subdito, e trata com elle como trata com as outras nações; de potencia a potencia.

Entretanto, é incontestavel que nessa grande e magestosa individualidade que desce da sua esphera elevada á scena inferior do direito civil, ha sempre um quér que seja de respeitavel e venerando, que a distingue das individualidades singulares. Ella não exerce sem duvida a soberania, mas a soberania está nella encerrada; e é para o exercicio dessa força que ella vem á sociedade privada adquirir os meios de existencia, de propriedade e liberdade, isto é, meios governativos.

Quando, pois, se attende á natureza dessa pessoa especial e distincta pelo seu caracter nacional; e tambem ao fim da sua vida civil, que bem longe de singular e exclusiva como a do homem, é collectiva, e reverte á final em beneficio de todos; não se póde negar a necessidade absoluta de uma excepção ao rigoroso principio da igualdade civil.

O individuo, mesmo pai de numerosa familia, póde supportar sem inconveniente e talvez com vantagem a lentidão da vida civil ordinaria; suas transacções limitam-se a comprar o necessario, vender o superfluo ou a usar de suas forças productivas. Já assim não succede ao commerciante, o qual empenhado em multiplicadas operações, carece de celeridade para que seu capital complete no menor tempo possivel o giro natural, e entre em nova evolução.

Que será então do Estado, forçado pela sua vasta organisação a uma incessante actividade? Aqui auxilia a abertura de canaes e a construcção de vias ferreas; alli effectua operações de credito para avanço de receita, ou supprimento da mesma; constantemente compra uma enorme quantidade de productos consumidos com a administração e especialmente com o exercito e marinha: emfim realisa quasi diariamente um avultado numero de operações indispensaveis ao movimento rapido de todo o mecanismo politico, o qual

não póde parar um instante sem profundos abalos sociaes.

E' possivel que essa pessoa civil esteja sujeita, como qualquer individualidade, á gravidade lenta e pausada da lei civil, sabia e prudente sem duvida para as relações individuaes, mas funesta para a marcha do governo? E' possivel que o Estado fique sujeito a todas as consequencias que resultam do não cumprimento das obrigações individuaes, e seja obrigado, pelo respeito ao direito individual presumido, a sacrificar o interesse collectivo, que é tambem um direito?

De fórma alguma. O Estado, a personificação da entidade collectiva depois de constituida, tem em si a presumpção do direito, porque ella significa a vontade suprema, o voto da maioria, que é a ultima expressão de toda a justiça real, o verbo da lei. Quando a maioria se pronuncia, a razão humana decide; salvo o direito da correcção, inherente á imperfeição humana; mas essa correcção é ainda a maioria, melhor inspirada, quem a dicta. O que era verdade ha um seculo, deixou de ser hoje para uma razão mais esclarecida.

Si, pois, o Estado, mesmo nas suas relações civis, não perde esse caracter de verdade e justiça que fórma a sua natureza, é claro que a lei civil deve levar em conta essa circumstancia, não para estabe-

locer um privilegio civil em bem do Estado, isso fôra um despotismo; mas para simplificar as relações juridicas.

Garanta-se contra o Estado o direito da pessoa que trata com elle; dê-se-lhe o direito de defeza contra a violação; mas que a garantia e a defeza sejam rapidas e concisas.

O Estado não pede a lei civil nada mais do que ella já concedeu á industria, uma excepção. O direito industrial que é actualmente uma lei distincta e como tal universalmente reconhecida, outr'ora não passava de algumas poucas regras suggeridas pela necessidade. Da mesma fórma o direito civil administrativo, que outr'ora se achava em embryão em um canto da lei relativa ás pessoas ideaes, foi-se desenvolvendo com o progresso material e economico dos tempos modernos, e sob o nome de contencioso administrativo já em alguns paizes se destacou inteiramente não do direito civil, mas do codigo civil.

Em vez, porém, de formar um codigo separado, como o industrial, esse direito adheriu ao direito administrativo por uma razão obvia. Os direitos individuaes que o Estado assume, não são mais do que faculdades para obter os meios necessarios á sua conservação, riqueza e acção.

Ora, sendo esse justamente o fim do direito administrativo, como parte do direito jurisdiccional, é claro que esse direito devia absorver aquelle e submettel-o ás mesmas regras.

Concluamos, pois. O direito civil administrativo fórma um direito mixto, participando ao mesmo tempo de uma e outra natureza. Em relação a um dos agentes, o individuo, elle é puramente regulador: em relação ao outro elle adquire o que quer que seja de jurisdiccional.

Resumindo—o codigo civil não deve comprehender nenhuma parte administrativa, como não comprehende nenhuma parte industrial: isto não significa, porém, que os seus principios geraes não dominem a lei especial, como toda regra domina a excepção: quer dizer que a regra deve ser estabelecida sem attenção á excepção.

Todas as vezes, pois, que o Estado em qualquer das suas personificações individuaes, como fazenda nacional, ou como fazenda provincial, ou como municipalidade, ou como ministerio, e qualquer instituição, se apresenta na scena civil, as relações que dahi se possam originar não são reguladas pelo codigo, senão emquanto a lei administrativa o ordenar.— O codigo civil desconhece essas pessoas: esta-

belece o padrão geral de personalidade e de sua acção, a lei administrativa o acceita a cada uma das suas entidades.

Desde que esse limite fôr ultrapassado a mais lamentavel confusão anarchisará o codigo civil; e elle penetrará até o coração da lei politica, o que é um grande mal, porque o mais leve abalo da politica repercutirá no edificio civil.

## VI

A fórma é a investidura necessaria de todo o direito vivo e real; ella o acompanha como a sua sombra, variando com elle em qualquer de suas tres phases, reguladora, sanccionadora, ou jurisdiccional.

Emquanto o direito se mantem na sociedade pela simples força racional, a fórma é apenas conservadora e passiva; serve sómente de dar corpo ao direito; adhere a elle; tem um caracter intrinsico e elementar. Applico-lhe o nome já consagrado na jurisprudencia — *instrumento* de *instruo* construir: é realmente a construcção do direito. Quando, porém, a violação obriga o direito a comparecer perante o poder judiciario para requerer o auxilio da força coercitiva, do imperio da lei, então a fórma apresenta-se sob o aspecto continuo e successivo, de uma

marcha, e toma o nome de acção. — O complexo dessas fórmas persecutivas é o processo de *procedere*, seguir avante.

A distincção é clara; e a linha divisoria parece bem saliente. O instrumento — o complexo das fórmas elementares do direito — pertence ao codigo civil; o processo — o complexo das fórmas extrinsicas — entra no direito jurisdiccional e fórma um codigo a parte.

Entretanto, a ligação entre essas duas especies é mui intima. Como no jogo constante das relações individuaes, a acção e a violação se travam a cada instante, succedendo-se em um estreito encadeamento, talvez gerando-se mutuamente; assim as fórmas correspondentes a esses dous modos do direito se confundem ás vezes por uma maneira tal, que é preciso todo o cuidado para bem discriminal-as.

Quando o direito, ainda no estado abstracto de simples idéa ou faculdade manente, tem de produzir-se, carece sem duvida de revestir uma fórma para nascer á lei, para ser direito vivo e real. Temos um exemplo no contracto, para o qual é indispensavel que a vontade se manifeste de uma maneira clara e explicita.

Ha casos, porém, em que essa fórma não depende só do individuo, e em que o direito carece, além da manifestação da vontade, de uma consagração social, de uma investidura conferida por um delegado ou agente da autoridade. Isso nota-se no casamento, que só póde ser celebrado por parocho; e no nascimento ou obito, que deve ser provado por um registro publico.

Ha finalmente outros casos em que o direito só póde produzir-se depois de uma sentença obtida em virtude de processo; taes são, por exemplo, a incapacidade juridica, a divisão dos quinhões hereditarios, a hypotheca judiciaria. Aqui póde-se dizer que a procedencia do direito é inteiramente jurisdiccional.

Em todos estes casos, embora se dê a intervenção da autoridade na manifestação do direito, embora mesmo o direito provenha de um processo, a fórma não perde o seu caracter conservador e elementar, mas cumpre destacal-a inteiramente de qualquer materia extranha, e evitar que ella enxerte parasitas no codigo civil.

Supponhamos que se trata de um testamento ou da incapacidade. A fórma elementar, o instrumento, limitar-se-ha unicamente a vestir o direito nú,

despido de todas as suas vestes anteriores e de todas as que possa tomar posteriormente. Ella não tem que ver, nem com a nomeação do notario o suas attribuições, nem com a competencia do juiz ou do official de justiça, isso é materia jurisdiccional. O que lhe pertence é só o facto juridico, a acção ou a violação.

O codigo dirá, por exemplo: o testamento será feito por tabellião e perante cinco testamunhas:— mas não dirá quaes são.

Em resumo—o instrumento contem duas clausulas — a investidura e a authenticidade. Dar um corpo ao novo direito que surge, imprimir-lhe a solidez necessaria para que não se desvaneça como um ente abstracto e soffra a resistencia social, tal é o fim da investidura. Denunciar á sociedade o direito assim encarnado, declaral-o verdadeiro, proclamal-o ao respeito de todos, é o que constitue a authenticidade.

Não trazendo este cunho, nem uma fórma deve entrar no codigo civil, mas ser rejeitada para o respectivo codigo do processo, onde ha de caber necessariamente em uma das duas grandes divisões; ou na organisação judiciaria, ou no processo.

A causa de tantas enxertias judiciarias, que se encontram em alguns codigos civis, provém de uma desculpavel sofreguidão de seus autores. O jurisconsulto, legislador que trabalha na consolidação da lei civil de seu paiz, não suppõe que lhe seja dado completar a sua obra regulando o processo respectivo; talvez mesmo julga esse trabalho somenos para a sua intelligencia. Então, como é natural, receioso de que o seu pensamento não seja bem comprehendido, que a sua idéa legislativa se desformise nos seus corollarios judiciarios, deseja, no seu egoismo de sciencia, que ella fique tão completa e perfeita, que mão extranha não venha tocal-a.

Deste modo vão arrancando fragmentos do processo civil, que remendam ás normas e regras do direito, sem curar do mal que fazem: pois, escondem debaixo desses andrajos a nobre e regia simplicidade da lei.

Não incorrerá nessa pecha o legislador que meditar profundamente a natureza do direito e a differença essencial entre a regra e a jurisdicção.

# LIVRO QUARTO

## CLASSIFICAÇÃO ESPECIAL DO DIREITO CIVIL

## CAPITULO I

### FÓRMA DO DIREITO CIVIL

### I

Conhecida a parte que occupa a lei civil no quadro geral da legislação humana, bem como seu objecto ou materia; trata-se agora especialmente do systema desse importante codigo.

No estudo de sua classificação peculiar se deve seguir a mesma ordem adoptada para a classificação geral da materia juridica; primeiramente se ha de considerar o direito civil na sua fórma ou parte extrinsica, como lei; depois no seu objecto ou parte intrinseca, como faculdade.

II

A lei civil é, como se disse anteriormente, o principio regulador das relações de individuo a individuo. Considerada essa lei, não já como uma parte no complexo de toda a legislação, mas sim como um corpo juridico que por sua vez se deve systemar e dividir, qual será o modelo para essa operação legislativa?

Diversos systemas de codificação civil têm sido adoptados desde a primeira compilação romana até os ultimos codigos e tratados. Não entra no plano desta obra, que é de exposição e não de exame e discussão, criticar o methodo seguido por cada legislador, ou preconisado por cada escriptor. Extranha-se, porém, que para a classificação dessa parte da legislação se desviem os espiritos do verdadeiro e unico principio divisor da lei.

Como partindo da primeira e mais larga synthese da lei, conseguimos discriminar a lei physica da lei racional, a moral do direito, o direito nacional do internacional, e finalmente o direito civil do direito politico? Não foi discriminando a natureza ou a latitude da relação de que a lei é a norma?

Sem duvida; nenhum outro principio que não

esse, a natureza e latitude da relação, influiu na classificação da lei geral. Quando, pois, se trata de continuar além a classificação, através dos varios corpos da legislação, parece que deve predominar ainda e sempre essa norma eterna de harmonia e ordem posta pelo Divino Legislador.

E de feito assim acontece com o consenso geral no direito politico. Em todos os paizes civilisados, na maxima parte dos publicistas, se acha bem marcada a separação das diversas partes desse direito, calcada sobre a distincção da relação politica. Relação do cidadão com a nacionalidade — direito geral; relação do cidadão com a provincia — direito provincial; relação do cidadão com a municipalidade, — direito municipal.

Não comportará o direito civil igual distincção, em outros termos, não será susceptivel de dividir-se no sentido de sua latitude a relação de individuo a individuo, que fórma a sociedade civil?

Bem longe disso; ao primeiro lanço o individuo apparece ao exame do jurisconsulto sob duas faces bem destacadas: aqui é o individuo como membro de uma pequena associação unida por laços de sangue e obediencia e respeito a um chefe commum; *familia;*

alli é o individuo como membro da grande associação onde reina a igualdade e a independencia — *societas*.

Si prosegue a investigação, distingue-se ainda na familia diversas classes de individuos ; no primeiro estadio os *conjuges* — representando o germen progenitor, donde ha de derivar a familia ; no segundo os *pais* — que exercem o poder da geração sobre a prole ; e subsidiariamente aquelles que os substituem como os tutores e curadores ; no terceiro os *parentes e affins*, que symbolisam a união das varias familias ; no quarto os *servos*, que completam a casa *domus* e que, sujeitos ao chefe, participam da sua protecção.

Por outro lado, na sociedade divisa-se igualmente, em um plano, o individuo em relação com outro individuo accidentalmente, sem concurrencia da vontade de ambos, — *actus* ; no outro plano o individuo em relação com outro designadamente e por mutuo consenso de ambos, — *contractus*.

E' evidente, pois, que o direito civil não sómente supporta, mas reclama o mesmo divisor de toda a legislação. Não lhe foi elle applicado, por motivos bem obvios. O direito civil actual, mais que as outras sciencias, nasceu para a legislação como informe embryão : e sua gestação tem sido difficil e laboriosa ; sempre que tratam de systematisal-o, commettem o

erro de o isolar do corpo geral da legislação, e partem então o fio conductor que devia guiar todo o trabalho de classificação.

Achado, em virtude de uma operação muito simples, o divisor verdadeiro e unico do direito civil como de todo o direito; e separadas, portanto, as duas sociedades que abrange em sua latitude a lei individual — a familia e a cidade; não está ainda completo o systema do codigo civil. Falta-lhe outra parte igualmente importante e que fórma o vestibulo de toda a legislação humana.

Deus não fez o homem perfeito, mas unicamente susceptivel de perfeição. Collocando-o neste mundo em um estado de completa infancia, nú e barbaro, deu-lhe os elementos do progresso; as faculdades juridicas como instrumento; a natureza creada como materia para essa actividade.

Cada estadio que a humanidade percorre é uma nova éra no desenvolvimento daquellas faculdades juridicas. Os instrumentos que o homem recebeu de seu Creador adquirem maior fortaleza e vigor do que tinham anteriormente. E' essa revelação do direito conforme á civilisação de cada idade ou de cada povo, que os publicistas chamam lei positiva em opposição á lei natural e primitiva.

Sempre que um legislador decretar a norma que ha de regular as relações humanas de qualquer natureza que sejam, deverá por bem da ordem e clareza definir no preambulo do seu codigo os individuos entre quem as relações se estabelecem, segundo as idéas predominantes de seu tempo e o progresso da civilisação no seu paiz. Esse preambulo é a natureza revelada para um povo em uma éra de sua existencia.

Quando lêem nas escolas o chamado direito natural, antes de investigarem as relações de homem a homem em suas diversas phases, previamente estudam o que seja homem, o agente da relação que o direito natural regula, e as condições inherentes a esse individuo, para que elle se possa pôr em communicação com os outros. No direito internacional o mesmo acontece. Começa-se pela noção de estado, e por conhecer quaes as condições indispensaveis para que se considere uma agglomeração de homens nação independente; depois destes preliminares entra-se no desenvolvimento das relações internacionaes, na parte activa do direito.

Conforme com estes preceitos, o codigo civil ha de ter uma parte preliminar onde se defina o individuo — *pessoa*, e as clausulas essenciaes para que ella possa estar na sociedade civil, e pôr-se em

relação com as outras. Esta parte fórma o *estado civil* em opposição ao *estado natural;* ahi a pessoa não funcciona ainda, apparece apenas como um typo ou modo de ser nas diversas situações da vida civil.

Duas são portanto as partes em que se ha de dividir um codigo civil: a primeira parte, exterior e elementar, onde se trata dos agentes das relações — *pessoas:* a segunda parte, substancial e propria, onde se trata da materia civil, da sociedade em jogo — *relações.*

Esta segunda parte, que é o corpo e o coração do codigo, de que a outra é apenas a cabeça, subdivide-se, como já foi demonstrado, em duas outras partes: — 1.ª, relações de familia; 2.ª, relações communs.

## III

Prosegue-se na divisão das diversas partes do codigo, não só para a necessidade da classificação, como para prova do systema; pois, é pela analyse que se ha de conhecer se os varios membros da synthese, codigo civil, abrangem toda a sua vasta materia.

A primeira parte não póde sem duvida supportar o divisor commum de todo o direito, a distincção da relação, porque ahi não se trata ainda de relação, mas unicamente dos individuos aptos para estabelecel-a entre si e se tornarem agentes della. A pessoa, abstrahida da vida real, mas habil para ella, eis o assumpto preliminar do codigo.

Intue-se, pois, que o divisor dessa parte reside na pessoa, pois, é ella que se define. E como a pessoa no ponto de vista de sua aptidão para contrahir relações, não nos offerece outro aspecto que não seja das suas faculdades, instrumentos dessas relações, é claro que a distincção das faculdades domina e rege a parte preliminar do codigo civil.

Tres são as faculdades juridicas, tres hão de ser as divisões do preambulo do codigo, existencia, propriedade e liberdade. Definidas ellas, está perfeita na legislação a noção da pessoa civil, do agente da relação.

Cada faculdade, como uma manifestação da actividade humana, não nos póde apparecer que não seja sob um triplice aspecto, essencial á natureza physica que ella reveste; o modo, tempo e lugar. Aqui está, pois, consignada a subdivisão interna de cada uma dessas partes do titulo preliminar.

1.ª—*Existencia* (a) modo de existencia ; diversos modos de existir a pessoa, ou diversas qualidades de pessoas ; (b) tempo de existencia ; principio, duração e fim da existencia da pessoa ; (c) lugar da existencia ; diversos lugares onde podem existir as pessoas.

2.ª—*Propriedade* (a) modo da propriedade: diversos modos de propriedades, ou diversas qualidades de propriedades ; (b) tempo da propriedade, principio, duração e fim da propriedade, (alienação, etc.) ; (c) lugar da propriedade (séde) diversos lugares onde póde estar a propriedade.

3.ª—*Liberdade* (a) modo da liberdade ; diversos modos de ser da liberdade, acto, contracto ; (b) tempo da liberdade : principio, duração e fim da liberdade ; (c) lugar da liberdade ; diversos lugares onde póde se exercer a liberdade (fôro).

Quanto á outra parte, já se demonstrou que ella é regida pelo mesmo divisor. O assumpto della é a relação ; e, pois, até onde se puder levar a divisão dessa, irá a divisão da lei que a regula.

O livro da familia subdivide-se assim : 1.º re-

lações conjugaes; 2.° relações paternaes; 3.° relações dos parentes; 4.° relações dominicaes.

O livro das relações communs; divide-se: 1.° relações consensuaes; 2.° relações accidentaes.

Nesta parte não é possivel applicar a distincção das faculdades; porque estas só podem ser discriminadas por abstracção, mas nunca no jogo das relações, para que todas concorrem simultaneamente; mas o legislador não deve nunca perder de vista essa articulação interna do direito que ella regula, sob pena de se desviar da verdade e justiça.

Resumindo —o quadro geral da classificação civil apresenta-se assim:

## CODIGO CIVIL

### PRIMEIRA PARTE

*Estado civil*

1.° Existencia civil.
2.° Propriedade.
3.° Liberdade.

SEGUNDA PARTE

*Relações civis das pessoas*

Livro 1.º— Relações de familia.
Livro 2.º— Relações de sociedade.

13-4-46 14-4-48

# INDICE

## O jury


Introducção..... i
I.— Natureza do jury..... 11
II.— O jury actual..... 23
III.— Os jurados..... 35
IV.— Do processo em geral..... 47


## Estudo sobre o processo criminal


SECÇÃO I.— Capitulo I.— Da competencia do processo commum..... 55
Capitulo II.— Das partes..... 56
Capitulo III.— Da citação..... 59
Capitulo IV.— Do libello..... 62
Capitulo V.— Das excepções..... 64
Capitulo VI.— Da contrariedade..... 67
Capitulo VII.— Das provas..... 69
SECÇÃO II.— Do interrogatorio..... 71
SECÇÃO III.— Das testemunhas..... 73
SECÇÃO IV.— Dos informantes..... 77

SECÇÃO V.— Dos documentos..... 79
SECÇÃO VI.— Dos vestigios e exames..... 81
CAPITULO VIII.— Da pronuncia..... 82

**O estado civil**

TITULO PRELIMINAR.—Do estado civil—Noção—Divisão. 85
CAPITULO I.— Da lei civil..... 87
CAPITULO II.— Dos direitos civis..... 89
*Secção I.*—Noções geraes..... 89
*Secção II.*— Das condições dos direitos..... 91
CAPITULO III.— Do registro civil..... 93
TITULO I.— Das pessoas..... 95
CAPITULO I.— Do modo da existencia..... 95
CAPITULO II.— Do tempo da existencia..... 97
a) Principio da existencia..... 97
Pessoa natural..... 97
Pessoa legal..... 100
b) Fim de existencia..... 100
Pessoa natural..... 100
CAPITULO III.— Do lugar da existencia..... 103
TITULO II.— Da liberdade..... 105
CAPITULO I.— Do modo..... 105
a) Acto..... 105
b) Contracto..... 106
CAPITULO II.— Do tempo..... 108
CAPITULO III.— Do lugar..... 110
TITULO III.— Da propriedade..... 113
CAPITULO I.— Dos modos da propriedade..... 113

a) Do dominio ..... 114
b) Da posse ..... 115
c) Do uso ..... 116
d) Da fruição ..... 117
Capitulo II.— Do tempo da propriedade ..... 118
I. Acquisição ..... 118
II. Extincção ..... 119
Capitulo III.— Do lugar da propriedade ..... 121

**A codificação civil**

Introducção ..... 125
LIVRO PRIMEIRO.— Lei — I. Principio da relação — Lei. 139
II. Lei physica — Lei racional — Lei moral — Lei juridica. 141
III. Lei internacional — Lei nacional — Lei politica — Lei civil ..... 142
IV. Systema de codificação geral ..... 145
V. Falsa distincção do direito publico e privado ..... 147
VI. Continuação ..... 151
LIVRO SEGUNDO.— O direito ..... 159
LIVRO TERCEIRO.— Classificação geral do direito ..... 181
Capitulo I.— Fórma do direito ..... 181
Capitulo II.— Codigo civil ..... 195
LIVRO QUARTO Classificação especial do direito civil .... 229
Capitulo I.— Fórma do direito civil ..... 229
Codigo civil ..... 238
Primeira parte.— Estado civil ..... 238
Segunda parte.— Relações civis das pessoas ..... 239